

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

**Quiebra y superación del límite de copia privada: un
enfoque en el caso español**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Ángel Nebot Alonso

Directora

Rosa María García Sanz

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



**QUIEBRA Y SUPERACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA: UN ENFOQUE EN
EL CASO ESPAÑOL**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Ángel Nebot Alonso

Directora

Dra. Rosa María García Sanz

Madrid 2014

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional

**QUIEBRA Y SUPERACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA: UN ENFOQUE EN
EL CASO ESPAÑOL**

Ángel Nebot Alonso

New Hampshire y Madrid, 2014

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

**QUIEBRA Y SUPERACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA: UN ENFOQUE EN
EL CASO ESPAÑOL**

Ángel Nebot Alonso

Directora. Profesora

Dra. Rosa María García Sanz

Madrid, mayo 2014.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
1. Justificación del trabajo.....	15
2. Objeto del trabajo.....	17
3. Hipótesis.....	18
4. Metodología.....	19
5. Fuentes consultadas.....	36
CAPÍTULO I: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA PLANTEADO EN ESPAÑA POR EL LÍMITE DE COPIA PRIVADA: ESTADO DE LA CUESTIÓN DOCTRINAL Y FÁCTICA.....	40
1. Estado de la cuestión doctrinal.....	41
1.1. La ciberética.....	43
1.2. Metodología de la ciberética.....	57
1.3. El control mediante código.....	63
1.4. La historia de la confrontación entre Derecho de Autor y tecnología.....	77
1.5. Las posiciones doctrinales respecto al Derecho de Autor en la era digital.....	89
1.5.1. Posiciones tradicionalistas.....	91
1.5.2. Posiciones radicalistas.....	93
1.5.3. Posiciones maximalistas y revisionistas.....	104
1.5.3.1. Posiciones maximalistas.....	105
1.5.3.2. Posiciones revisionistas.....	109
1.6 Ocho propuestas doctrinales destinadas a solucionar el problema planteado por el Derecho de Autor en la era digital.....	116
1.6.1 Modelo de licencias en masa.....	117
1.6.2 Modelo de licencias compulsivas u obligatorias.....	121
1.6.3 Modelo de licencias colectivas voluntarias.....	128
1.6.4 Modelo de contribuciones voluntarias.....	129
1.6.5 Modelo de protección tecnológica.....	134
1.6.6 Modelo revisionista del Derecho de Autor.....	140
1.6.7 Modelo procedimental de resolución de conflictos en el ámbito administrativo.....	142

1.6.8	Modelo de compensación alternativa.....	144
2.	Estado de la cuestión fáctica.....	149
2.1	El informe “ <i>Special 301</i> ” y la realidad española.....	149
2.2	Análisis de la situación de la industria española de contenidos.....	164
2.2.1	Consideraciones generales.....	164
2.2.2	El cine.....	183
2.2.3	Los libros.....	186
2.2.4	La música.....	191
2.2.5	Evolución de los medios de reproducción autorizada de archivos, e impacto de los mismos en España.....	201
2.2.6	La oferta legal de contenidos on-line en España.....	226
2.3	El importante contexto fáctico-normativo.....	236
2.4	El límite de copia privada en la encrucijada de todos los caminos.....	339
	Conclusión.....	344
CAPÍTULO II. LOCALIZACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: ESTADO DE LA CUESTIÓN NORMATIVO.....		346
1.	La Constitución Española de 1978.....	346
1.1	El encaje del límite de copia privada en la Constitución Española de 1978. Necesarias consideraciones previas.....	346
1.2	El encaje del límite de copia privada en la Constitución Española de 1978 (ii). Fuente constitucional del Derecho de Autor: ¿artículo 20.1 b) o artículo 33 (y 38)?.....	356
1.3	El encaje del límite de copia privada en la Constitución Española de 1978 (iii). ¿Es la Constitución Española de 1978 fuente directa del límite de copia privada?.....	379
1.4	El encaje del límite de copia privada en la Constitución Española de 1978 (iv). Posible influencia de la función social de la propiedad sobre el límite de copia privada.....	400
1.5	Aplicación del Derecho Comunitario sobre el derecho de reproducción y el límite de copia privada y su fundamentación constitucional.....	407
2.	Los derechos de explotación de los autores sobre la obra y en concreto el derecho de reproducción: LPI y Directiva Comunitaria.....	411
2.1	Los derechos de explotación de los autores sobre la obra.....	411

2.2 El derecho de reproducción de los autores sobre la obra.....	418
2.3 El requisito de fijación de la obra.....	426
2.4 Fijaciones provisionales o permanentes.....	434
2.4.1 Las copias efímeras.....	440
2.4.2 Las copias “caché” del sistema.....	442
2.4.3 Reproducciones en memoria RAM.....	445
2.4.4 Las reproducciones temporales.....	449
3. Limitaciones a los derechos de explotación conforme a la legislación vigente.....	450
3.1 Introducción.....	450
3.2 Categorización de las limitaciones al Derecho de Autor.....	457
3.3 Sistemas abiertos y sistemas cerrados.....	462
3.3.1 “Fair use” y “Fair Dealing”.....	467
3.3.2 Los factores del “fair use”.....	471
3.3.2.1 El propósito y carácter del uso realizado, considerando si tal uso es de naturaleza comercial o para propósitos educativos sin beneficio económico.....	472
3.3.2.2 La naturaleza de la obra sujeta a copyright.....	478
3.3.2.3 La cantidad y sustancialidad de la parte usada en relación a la obra objeto de copyright considerada como un todo.....	481
3.3.2.4 El efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor económico de la obra sujeta a copyright.....	489
3.3.3 El “ <i>Fair Dealing</i> ”.....	494
3.4 La regla de los tres pasos.....	502
3.4.1 Determinados casos concretos.....	502
3.4.2 Conflicto con la explotación normal de la obra.....	505
3.4.3 Perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derecho.....	510
3.4.4 La regla de los tres pasos como instrumento de aproximación de los sistemas de excepciones abiertos y cerrados.....	513
3.5 Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor en la DDASI.....	522
3.6 Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor en la LPI.....	531
Conclusión.....	537

CAPÍTULO III: ANÁLISIS JURÍDICO Y CRÍTICA AL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN EL ÁMBITO DIGITAL.....545

1. Breve historia de su desarrollo legislativo.....	553
2. Concepto.	561
3. Fundamento.....	566
3.1 El límite de copia privada como instrumento para subsanar los fallos de mercado.....	568
3.2 El límite de copia privada como respuesta a imposibilidad de control sobre la realización de copias en la intimidad.....	579
4. El límite de copia privada en el Derecho Comunitario.....	589
5. El límite de copia privada en otros países.....	600
5.1 Estados miembros de la Unión Europea.....	600
5.1.1 Alemania.....	602
5.1.2 Austria.....	608
5.1.3 Bélgica.....	611
5.1.4 Dinamarca.....	613
5.1.5 Francia.....	615
5.1.6 Holanda.....	620
5.1.7 Irlanda.....	623
5.1.8 Italia.....	627
5.1.9 Portugal.....	630
5.1.10 Reino Unido.....	634
5.2 EE.UU.....	645
6. El límite de copia privada en el Derecho Español.....	663
6.1 La copia privada en la Ley con anterioridad a la Ley 23/2006.....	663
6.2 La Ley 23/2006.....	666
6.3 El Artículo 31.2. de la LPI.....	685
6.3.1 Elementos objetivos.....	687
6.3.1.1 Que se realice un acto de reproducción de una obra.....	687
6.3.1.2 Que el acto de reproducción no sea o esté autorizado por el autor.....	698
6.3.1.3 Que la obra esté protegida por el Derecho de Autor en el momento de la reproducción.....	707

6.3.1.4	Que la obra no sea un programa de ordenador ni una base de datos.....	710
6.3.1.5	Que la obra esté ya divulgada en el momento que se realice el acto de reproducción.....	719
6.3.1.6	Se admiten las reproducciones fijadas en cualquier soporte.....	724
6.3.1.7	Consideración de que la obra esté o no protegida por medidas tecnológicas de protección.....	729
6.3.1.8	Obligación legal de compensar o remunerar equitativamente a los autores por el uso realizado de las obras bajo el límite de copia privada.....	779
6.3.2	Elementos subjetivos.....	839
6.3.2.1	Que el sujeto que realiza el acto de reproducción sea una persona física.....	839
6.3.2.2	Que la persona física haya accedido legalmente a la obra.....	847
6.3.2.3	Que el uso para el que se que realice la reproducción se realice en el ámbito privado o familiar de la persona física copista.....	877
6.3.2.4	Que el uso que se realice de la reproducción por la persona física copista no sea colectivo.....	912
6.3.2.5	Que el uso que realice de la obra la persona física copista no sea lucrativo.....	928
6.4	La “prueba de las tres fases” del artículo 40 bis de la LPI en relación con el límite de copia privada.....	945
6.5	Actos que no están sujetos al límite de copia privada: El derecho de uso o disfrute bajo contrato o licencia de la obra de forma interactiva (el derecho de acceso).....	957
	Conclusión.....	992
	CONCLUSIONES FINALES.....	1006
	ABSTRACT.....	1022
	BIBLIOGRAFÍA.....	1029

INTRODUCCIÓN.

Este estudio se encuadra entre otros muchos consagrados al rol de la propiedad intelectual, o del Derecho de Autor ¹ en el marco de la revolución digital. Pero, ¿Qué es exactamente la celeberrima revolución digital?

La llamada revolución digital no consiste en realidad en otra cosa que en la posibilidad de reducir la información a una serie numérica binaria: a ceros y unos. La información analógica implica necesariamente un flujo continuo de información. Así, un libro es una sucesión continua de

¹ A pesar de que el Derecho Español al Derecho de Autor se le denomina genéricamente como propiedad intelectual, fórmula que utiliza la propia Ley que lo regula: la Ley de propiedad intelectual, en este trabajo utilizaré ambas fórmulas indistintamente, aunque tenga sin duda preferencia instintiva por la fórmula Derecho de Autor, quizá debido a mi bagaje educativo y profesional americano. En los EE.UU. la propiedad intelectual engloba no solamente el “copyright” (a “*grosso modo*” nuestro Derecho de Autor despojado de los “derechos morales”), sino también lo que en España se denominan como derechos de propiedad industrial (marcas, patentes). La fórmula “propiedad intelectual” tendría además la ventaja añadida de subrayar el carácter patrimonial o económico de los derechos realmente significativos en la realidad de la práctica jurídica sobre el Derecho de Autor: los derechos de explotación. Aunque la siguiente afirmación pueda hacer que algunos se rasguen las vestiduras, considero personalmente los derechos morales como una reliquia del pasado cuyas consecuencias positivas (reconocimiento de paternidad, exigencia de respeto a la integridad de la obra, decisión del autor sobre la divulgación de la obra) se pueden conseguir igualmente bajo el sistema de “Copyright”. De hecho, cuando una obra cinematográfica ha alcanzado las redes P2P con anterioridad a su estreno en los cines en EE.UU. (lo que ocurrió con el film “Wolverine” (en España “*X-men orígenes: Lobezno*”), debido a la efectividad de las normas protectoras de la propiedad intelectual en dicho país, el culpable fue rápidamente arrestado, aunque debido a la celeridad y multiplicación exponencial inherente a la copia digital el daño no se pudo evitar, y la película fue reproducida ilegalmente 4.5 Millones de veces antes de su estreno (ver WILSON, MICHAEL, *Adventures of the ‘Wolverine’ Leaker*, The New York Times, 12 de enero de 2010. Disponible en http://www.nytimes.com/2010/01/13/nyregion/13wolverine.html?_r=0, (consultado por última vez el 9 de noviembre de 2011). Hace tan sólo unos meses, no me hubiera cabido la menor duda de que se produciría la misma situación en España, donde somos tan celosos de los derechos morales, aún se estaría discutiendo sobre el significado exacto de la fórmula “*obras ya divulgadas*” en el marco del artículo 31.2 de la LPI; o si el titular del derecho moral gozaría de la facultad de obligar a los 4.499,999 consiguientes a la primera copia a borrarla de su disco duro; o si estos usuarios habrían realizado en realidad una copia privada de la obra, ya que legal y presuntamente estos no sabrían en el momento de realizar la reproducción si la copiase se había divulgado o no (tal era la situación de inseguridad jurídica provocada por la manifiesta falta de voluntad de los poderes públicos para defender a los titulares de derechos de autor. Puesto que SALINGER consiguió que no se difundiera en vida gran parte de su obra y que no se realizara una adaptación cinematográfica de “*The Catcher on the Rye*” (“*El guardián en el centeno*”). Al final la clave no está en el reconocimiento formal de derechos, sino en la efectividad real de la aplicación ejecutiva del ordenamiento jurídico, y en la voluntad de proteger a los creadores de manera efectiva y con decisión. Felizmente, parece que las cosas están cambiando en nuestro país, y finalmente se está apostando por defender el Derecho de Autor (y es importante señalar esta realidad, puesto que en este ambiente es en el que se está apostando por una restricción radical del límite de copia privada –restricción que, como veremos, plantea bastantes más problemas que su completa eliminación-). Es en este ambiente donde por fin se ha realizado en nuestro país la primera operación análoga a la practicada en EE.UU. con motivo de la divulgación no autorizada de “*Wolverine*”. La obra divulgada sin autorización de sus titulares, y con anterioridad a que estos mismos lo hicieran es el disco “*Para todos los públicos*”, de la (magnífica) banda extremeña de rock “*Extremoduro*”. Ver información en KOCH, TOMASSO, *El detenido por filtrar lo nuevo de Extremoduro lo vendía ‘online’*, Diario El País, 21 de noviembre de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/11/20/actualidad/1384974767_643640.html, (consultado por última vez el 27 de noviembre de 2013).

páginas, un disco de vinilo implica un movimiento continuo de la aguja del tocadiscos a través de los surcos del disco, y lo mismo sucede con una cinta de casete, o con una película filmada en celuloide. Además, existe un elemento de fisicidad de la que la tecnología digital puede carecer. Las imágenes y sonidos se reproducen así en forma de secuencias de números que pueden ser leídos y reproducidos por una máquina. La música se graba midiendo las olas de sonido que esta genera 44.100 veces por segundo, y grabando esas muestras, que se reproducirán en debido orden cuando la máquina lea un código binario ². Las imágenes se reducen a puntos, y cuanto mayor sea el número de puntos mejor será la calidad de una copia determinada. Finalmente, a esos puntos se les asigna asimismo un código numérico. Cuando se crea una secuencia de estas imágenes estaremos ante una copia en video. Es decir, la revolución digital en el marco del Derecho de Autor se reduce en gran medida al resultado de la reducción a la práctica de la evolución tecnológica sobre los métodos de copia de las obras de creación en todos sus posibles formatos, y en este sentido no se diferencia en demasía de la revolución originada en su momento por la imprenta.

Es característica fundamental de la copia digital que esta no se degrada; es decir, la copia número un millón del original gozará de idéntica calidad que este (y a coste cero). La degradabilidad de las copias representaba el motivo por el cual las copias realizadas no sobre originales, sino sobre copias disminuían progresivamente su calidad, y por tanto los usuarios medianamente exigentes optaban normalmente por adquirir el original de una obra de creación en lugar de realizar su propia reproducción doméstica. Como explica LAWRENCE LESSIG, la diferencia entre una copia digital y una analógica se podría reducir a su “código”; es decir, a su propia arquitectura esencial: *“Mientras el código de un LP lo protegía de ser duplicado, el código de una copia digital no lo protege de tal duplicación. El código de un videocasete analógico limitaba de una forma efectiva el número de ocasiones en que se podía ver [la obra cinematográfica que contuviese] (antes de que la misma cinta se deteriorara, por ejemplo). El código de una copia digital de tal obra cinematográfica no. Las limitaciones “naturales” del mundo analógico fueron abolidas por el*

² U.S. COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND THE EMERGING INFORMATION INFRASTRUCTURE. *The Digital Dilemma, Intellectual Property in the Information Age*, National Academy Press, Washington D.C. 2000.

nacimiento de la tecnología digital. Lo que antes resultaba imposible e ilegal, ahora sólo es ilegal”³.

Cuando surgieron por vez primera las copias de obras musicales analógicas realizadas por los usuarios extramuros del proceso industrial, que estos comenzaron a poder realizar de manera rutinaria en su ámbito privado a partir de los años 60 con la aparición del audio-casete, se optó en términos legislativos por sacar de la ilegalidad a los copistas no autorizados, y en contrapartida compelerles a compensar económicamente a los autores mediante una tasa o canon sobre los aparatos de grabación, cuya recaudación posteriormente se repartiría entre los autores. Por tanto, el ordenamiento jurídico facultaba a los usuarios a realizar una o más copias privadas de una obra prescindiendo de la autorización de su autor o titular de derechos; copias que de todas maneras resultaban imposibles de controlar de otra manera que prohibiendo la tecnología que hacía posible la realización de copias caseras. Además, los copistas habían de encarar el problema consistente en que, al tener que ser realizada una copia analógica necesariamente en un soporte tangible, deberían necesariamente adquirir este soporte (por ejemplo, cintas de audio vírgenes), y además disponer de espacio físico para almacenarlo. Tales problemas desaparecen con los soportes digitales, en los cuales (amén de disfrutar de la cualidad de poder ser potencialmente intangibles) la información se puede comprimir y transmitir fácilmente a través del instrumento o herramienta capital de la otra gran revolución, la de las comunicaciones: Internet. Por tanto, hoy en día está al alcance de cualquiera que posea unos mínimos conocimientos informáticos (esto es, del común de los mortales) la posibilidad de transmitir obras digitales a través de la Red en forma de paquetes de información, posibilidad perfeccionada (binariamente) con la aparición de los sistemas de intercambio de archivos entre pares (redes P2P).

Por tanto las nuevas tecnologías han investido a los usuarios, al público, a los consumidores de obras de creación, sean obras musicales, literarias, audiovisuales, etc., con dos papeles que tradicionalmente quedaban fuera de su alcance: a) Son ahora en potencia editores y distribuidores

³ “While the code of an LP record protected it from duplication, the code of a digital copy of that record does not. The code of an analog videocassette effectively limited the number of times it could be played (before the tape wore out, for example). The code of a digital copy of that film does not. The “natural” constraints of the analog world were abolished by the birth of digital technology. What before was both impossible and illegal is now just illegal”. LESSIG, LAWRENCE, *Remix*. Penguin Press, Nueva York, 2008. Pág. 38. (Traducción del autor).

⁴ a nivel cuasi-industrial (una copia de una obra que despierte el suficiente interés, y que se comparta a través de una red P2P, puede diseminarse a través del mundo en progresión geométrica de tal forma que en un corto espacio de tiempo se halle en posesión de un número tan descomunal de personas, que superaría ampliamente los sueños más salvajes de un editor analógico tradicional). Es por ello que los autores, editores, y distribuidores han perdido gran parte del control que tradicionalmente ejercían sobre la reproducción, distribución, y comunicación de su obra; es decir, del control que gozaban en el mundo analógico/tangible.

Como felizmente explica CARBAJO GASCÓN, *“El control del uso privado constituye un elemento clave en el nuevo entorno [digital], pues de lo contrario las enormes facilidades para realizar copias privadas por medios digitales o electrónicos almacenadas en discos tangibles baratos (CD’s regrabables) o intangibles (disco duro del ordenador) y la no menos accesible y sencilla transmisión en línea por diferentes medios a un número ilimitado de posibles destinatarios conduciría –mediante un arrollador efecto en cadena- a una copia masiva y gratuita entre particulares, la cual puede provocar fenómenos ya conocidos como la piratería doméstica, que a su vez, puede ser el punto de partida de posteriores iniciativas de piratería profesional”*⁵. Por ello, al mismo tiempo que el coste marginal de realizar copias perfectas de obras protegidas por el Derecho de Autor se reducía paulatinamente para los usuarios hasta hacerse insignificante, de manera inversamente proporcional la industria de contenidos comenzó a apreciar en sus libros de contabilidad el daño causado por parte del lucro cesante derivado de las reproducciones no autorizadas que los usuarios realizaban libremente y sin dificultad. Consecuentemente, entre la doctrina jurídica se empezaron a detectar posturas o visiones encontradas sobre el posible tratamiento legal del creciente problema, y del mismo modo, se comenzó a detectar en el ámbito del derecho comparado, que algunos ordenamientos jurídicos nacionales habrían tomado en principio caminos divergentes en cuanto a su aproximación a este tema.

⁴ Ya sé que esta calificación no es exacta en el sentido jurídico, puesto que de acuerdo al artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual la distribución implica un soporte tangible, y estos actos se engloban en el derecho de comunicación y puesta a disposición del artículo 20 de la LPI; y que incluso desde el punto de vista semántico no resulta correcto, puesto que a diferencia de la obra analógica, las ediciones de la obra digital no se dividen, sino que se multiplican; pero permítame el lector esta licencia poética, que además goza de sentido práctico, puesto que quien copia y pone una disposición una obra en el mundo digital virtual, cumple ambas funciones de los editores y distribuidores en el mundo real.

⁵ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 51.

Algunos países, tradicionalmente líderes en la producción de contenidos, como por ejemplo los EE.UU. y el Reino Unido, optaron por endurecer progresivamente su legislación, hasta el punto de (hasta que se dieron cuenta de su error) perseguir judicialmente con la intención de imponer multas astronómicas a los usuarios que se descargaran archivos ilícitos. Los gobiernos de otros países, como por ejemplo España, por el contrario, sucumbieron a la tentación del populismo, y consecuentemente la industria de contenidos terminó por reducirse al mínimo a pesar de las ayudas y subvenciones estatales, puesto que la propiedad intelectual se abolió por la vía del hecho en la Red. Cuando se quiso reaccionar ya era demasiado tarde (de hecho, todo indica que se no ha reaccionado aún), y el daño causado a la industria de contenidos se había convertido ya en irreparable. A esto contribuyeron actos administrativos desastrosos, como la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que descriminalizó de manera directa, y legalizó indirectamente por la vía de hecho la piratería en la Red; además de una serie de decisiones judiciales que no hicieron sino habilitar legalmente que la reproducción no autorizada de obras a través de Internet en España no sólo saliese gratis a los usuarios, sino que para muchos “emprendedores” parasitarios resultase extremadamente lucrativa.

Parece que mucha culpa de la catastrófica situación creada la tiene la desvirtualización que se ha operado sobre el concepto del límite de copia privada, que se ha utilizado para justificar teóricamente la piratería, desde el punto de vista de la técnica jurídica en el ámbito del Derecho de Autor, utilizando paralelamente la compensación sustitutoria por razón del límite como una indemnización inconfesa a los autores y titulares de derechos ⁶ por cuenta del tráfico de archivos en la Red, cuando ni el límite ni la compensación tienen asignado tal cometido. La hipótesis, que se intentará demostrar a lo largo de este trabajo, es que la imposición por los poderes públicos a los autores y demás titulares de derechos sobre obras de creación del límite de copia privada en el ámbito digital está irremediabilmente contaminado, que es innecesario, que supone un coste inasumible para los autores, porque “libera” copias no autorizadas de sus obras en la Red, y que debe progresivamente desaparecer; puesto que una vez que una copia de una obra está “ahí fuera” su control por parte de su titular de derechos resulta imposible, y desgraciadamente su destino

⁶ En el marco de este trabajo, utilizaré sobre todo la expresión “*titulares de derechos*”, entendiéndolo por tales a los autores, titulares de derechos anejos (intérpretes o ejecutantes), otros titulares legales de derechos de autor, así como a sus cesionarios y licenciarios. Es decir: a cualquiera que se encuentre habilitado legal o contractualmente para extraer réditos económicos de los derechos de explotación sobre una obra.

natural es el de ser reproducida de manera infinita sin que los titulares de derechos puedan recibir su compensación natural: la que proporciona el mercado; puesto que este, como demuestra (entre otras) la experiencia de la compañía APPLE, ya se ocupa de manera natural de arrinconar a sus actores que no ofrezcan a los usuarios la posibilidad de realizar copias privadas, sin que resulte necesaria la (torpe) injerencia de los poderes públicos recortando derechos a sus titulares por cuenta de ciertas “*rationes legis*”, que si bien eran, y aún son válidas en el cada vez más reducido ámbito de las copias analógicas, ya no justifican circunvenir el derecho de propiedad; es decir, el Derecho de Autor. Por otra parte, la imposibilidad real de control de las reproducciones digitales no autorizadas en el ámbito privado por parte de los titulares de derechos es progresivamente cada vez más una realidad, y posible sin tener que invadir la intimidad de los usuarios, con lo cual desaparece la fundamentación principal sobre la que se ha construido teóricamente el límite.

El límite de copia privada, como límite a un derecho que es, ha de interpretarse de manera restrictiva. Tanto en el derecho internacional, como en el derecho comunitario y el nacional. En la Ley de propiedad Intelectual, existe un instrumento interpretativo, la “*regla de los tres pasos*”, que debería haberse utilizado de forma que, aplicado al límite de copia privada, hubiera cumplido los fines para que fue concebido, pero que en España sistemáticamente se ha ignorado en la práctica. No hemos de olvidar que el límite de copia privada es una imposición del Estado a los titulares de derechos de propiedad sobre una obra, y que nada impide a tales titulares conceder a los usuarios las facultades que otorga el límite de “*motu proprio*”. Además, su imposición lleva aparejada una compensación obligatoria a los autores, que en España se ha tratado de imponer indiscriminadamente, redundando en una inmerecida mala fama entre los ciudadanos de la propiedad intelectual en su totalidad, y que se podría evitar si se construyeran las condiciones jurídicas y de hecho para la protección real de los derechos de autor; es decir, utilizando la celeberrima parábola bíblica, no se trata de dar peces a los autores; ni siquiera de enseñarles a pescar, puesto que ellos ya conocen este oficio; se trata de limpiar las aguas en que pescan de piratas. Si se diesen las condiciones jurídicas y de hecho para que el mercado de obras de creación se acercase en acto a su máxima potencialidad, los beneficios revertirán en la sociedad en su conjunto en diversos ámbitos: (a) se reanimaría la moribunda oferta cultural española; (b) se reactivaría una industria que representa un porcentaje importante del PIB de nuestro país (el 4%), y que debería ser aún mayor, puesto que talento no falta; (c) se crearían puestos de trabajo; (d) se recaudaría mucho más en concepto de impuestos y tasas, ya que el ejercicio de todos los derechos

de explotación contenidos en el artículo 17 de la LPI se encuentra gravado por la legislación tributaria. No hay que olvidar que la reproducción, distribución, comunicación, y puesta a disposición de manera ilícita de obras de creación destruye recursos económicos de la misma manera que lo hace la economía sumergida; es decir, es esencialmente insolidaria ⁷.

La experiencia de otros países en los cuales el límite de copia privada no existe, o existe de forma muy restringida (por lo menos en lo que respecta a las copias digitales), y en los que lo que sí que encontramos una ingente oferta cultural (especialmente en el ámbito digital) y en los que las obras que se hallaban en el dominio público continúan en este, a pesar de lo que pronosticaba la doctrina contraría a la utilización de medidas tecnológicas de protección en la comercialización digital de obras de creación, demuestra que el límite de copia privada no resulta necesario para salvaguardar los intereses de los usuarios, y sí imprescindible para confundir a los ciudadanos de buena fe. Además el límite es causa directa de que los ciudadanos de mala fe hagan de su capa un sayo con los derechos de propiedad ajenos.

Este trabajo intentará analizar el límite de copia privada al derecho de reproducción de los autores desde todos los parámetros que impactan en él. Se debe considerar absolutamente necesario desentrañar las particularidades de la revolución digital, de la ciberética, de la deteriorada situación de la industria de contenidos en España y de los factores relevantes para explicar tal deterioro de manera eficiente, de los derechos de explotación en general y del de reproducción en particular, de la “*ratio legis*” y naturaleza jurídica del límite de copia privada, y de las particularidades de su regulación en el derecho positivo español, amén de la dirección que pueden tomar la inminente reforma que se va a realizar del ámbito de actuación del límite.

1. Justificación del trabajo.

Pongámonos en situación: mesa redonda sobre la copia privada digital ⁸, compuesta de varios expertos en el tema. Entre ellos se encuentra MARÍA MARTÍN-PRAT, responsable actual (no

⁷ Incluso se podría volver a fijar el porcentaje del IVA para las industrias culturales en límites razonables, y aun así multiplicar la recaudación.

⁸ MALMIERCA, MARTA; MARTIN-PRAT, MARÍA; RAMIREZ, JAVIER; XALABARDER RAQUEL *Mesa redonda La copia privada digital*. IDP, Revista de Internet Derecho y Política, n° 1, pp. 33-35., 2005.

entonces) del Departamento de Derecho de Autor del Directorio General para el Mercado Interior de la Comisión Europea. MARTÍN-PRAT, tras unos minutos de intervención en los que, con ensalzable sensatez, exhibe sus vastos conocimientos tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el práctico sobre la realidad del mercado de explotación de obras de creación, expresa lo siguiente: “*En conclusión, a algunos les gustaría pensar que voy a decir: se ha de prohibir la copia privada*”. ¿Por qué a algunos les gustaría que la Sra. MARTÍN-PRAT realizara tal afirmación? ¿Para alabarla? ¿Para aplaudirla?

La respuesta es que no. No es que la Sra. MARTÍN-PRAT no tuviera coraje para decir lo que pensaba (ahí está su impecable trayectoria que por sí sola desmiente esta hipótesis), es que la Sra. MARTÍN-PRAT sabía muy bien que si se le hubiera escapado que lo procedente sería prohibir la copia privada en el ámbito digital, el resto de su increíblemente matizado discurso, impecable a todas luces desde el punto de vista jurídico, no se habría escuchado. Hubiera representado lo que en términos de comunicación se denomina un “ruido”, que hubiera ensombrecido el resto de su argumento. Habría franqueado una frontera sin retorno al haber (si se me permite la expresión) “mentado a la bicha”.

¿Y por qué no se han de poder defender ciertas posiciones en el ámbito de la propiedad intelectual? ¿Es que defender que el límite de copia privada digital impuesto por los poderes públicos resulta contraproducente en nuestro actual “*status quo*”, y por tanto debería ser eliminado del ámbito digital te convierte automáticamente en un “*outsider*” doctrinal en España? ¿Por qué? Posiciones doctrinales análogas se defienden con naturalidad, e incluso resultan mayoritarias en países tan extremadamente garantistas en cuanto a la defensa de la libertad de expresión como EE.UU. (libertad de expresión que es la auténtica joya de la corona del derecho americano). Es más, en la legislación de EE.UU. no existe la copia privada digital más que de una manera muy restringida⁹, y sin embargo los residentes en el país norteamericano disfrutan de un acceso fácil y ubicuo a una oferta de contenidos legal, barata, y de calidad, que aún hoy resulta inimaginable en España¹⁰. ¿Entonces, cual podría ser el problema de defender abiertamente que restringir, o incluso dejar

⁹ Esto sorprenderá a muchos, pero contrariamente a la creencia popular, y de algunos sectores doctrinales sí que existe, como veremos más adelante. Ver págs. 645 y ss.

¹⁰ Aunque hay que reconocer que las cosas han mejorado sustancialmente en este sentido durante los más de dos años transcurridos desde que tecleé la primera palabra de este trabajo, hasta que escribí la palabra “fin”.

completamente en manos de las leyes del mercado y la competencia la posibilidad de realizar copias digitales destinadas al uso privado resultaría muy positivo tanto para los titulares de derechos como para los usuarios?

El problema no es otro que esta postura resulta inmensamente impopular, puesto que el aire está viciado. Existe en España un caldo de cultivo en contra del Derecho de Autor, por el que las pocas voces que se alzan en defensa de la propiedad intelectual se atacan desde la vanguardia y la retaguardia, el flanco derecho y el izquierdo, con una saña que llega a la descalificación personal. La anterior Ministra de Cultura del PSOE, la guionista cinematográfica Ángeles González-Sinde, junto con el actual Ministro de Educación, Cultura y Deportes, Juan Ignacio Wert, y otros defensores de la llamada “*Ley Sinde-Wert*” han tenido que soportar que se publiquen ilegalmente sus datos personales ¹¹. En el ámbito mediático, el linchamiento ha venido tanto desde los medios de comunicación progresistas, de los más cercanos a la extrema izquierda sociológica, los pretendidamente liberales, etc. En el ámbito político, a pesar de la aparente larga marcha del PSOE en pos de la aprobación de la llamada “*Ley Sinde*” y su Reglamento (abortada en el último momento, en el último Consejo de Ministros de la Legislatura, por el anterior Presidente del Gobierno, el Sr. Rodríguez Zapatero), de momento, los únicos pasos responsables, aunque aún ineficientes, en favor de la protección de los derechos de autor se han dado por el nuevo Gobierno del Partido Popular. Y en el ámbito doctrinal y sobre todo semi-doctrinal abundan y tienen bastante éxito obras que defienden la piratería, aunque no abundan en el “*hit parade*” español las que defiendan el Derecho de Autor.

Por ello, pienso que resulta no sé si necesario, aunque sin duda relevante, un trabajo que defienda sin complejos la restricción al máximo del límite de copia privada digital de una manera seria, desde la independencia intelectual, y con una cierta mirada externa; es decir, relativamente “desde fuera”. Mi afán es que este trabajo ocupe ese espacio que, hasta donde yo sé, se encuentra vacante.

2. Objeto del trabajo.

¹¹ BELINCHÓN, G., y FRAGUAS, A., *Anonymous difunde datos personales de partidarios de la ‘ley Sinde’*. Diario El País, 28 de enero de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/28/actualidad/1327776239_920585.html. (Consultado por última vez el 13 de noviembre de 2012).

El objeto de esta tesis es el análisis del límite de copia privada al derecho de reproducción de los autores. El límite de copia privada se ha interpretado de una manera artificialmente expansiva en España con el objeto de incluir las reproducciones digitales no autorizadas realizadas a través de la Red en su ámbito de actuación. Así, este trabajo estudiará el papel del límite de copia privada en España a través del análisis previo de la especial situación creada para el Derecho de Autor en la era digital y de las respuestas doctrinales que se han propuesto para responder a tal situación; del contexto fáctico que rodea al límite en España, en gran parte debido a la interpretación errónea que de él se ha realizado que ha impactado de manera innegable sobre las realidad social, económica, política, legislativa, y jurisprudencial en nuestro país; del estudio de la naturaleza jurídica del límite y de su posición a nivel jerárquico y axiológico dentro de nuestra legislación; del papel que juega el límite de copia privada en derecho internacional y comparado; del estudio jurídico técnico del límite de copia privada en nuestro país a través del análisis de cada uno de sus elementos legales en el marco de la legislación vigente en España y de las reformas legales propuestas. Finalmente, se realizara un diagnóstico sobre la utilidad presente y futura del límite en cuanto su utilidad como norma jurídica.

3. Hipótesis.

La hipótesis que trataré de probar a lo largo de este trabajo es la siguiente:

La existencia del límite de copia privada en el ordenamiento jurídico español representa un elemento desestabilizador en nuestro país de la totalidad del sistema de Derecho de Autor, y ya no resulta necesaria para resolver los problemas irresolubles que existían en la era analógica, por lo que debería ser derogado en el ámbito digital. La configuración legal e interpretación subsiguiente del límite en España ha causado un daño sustancial a la industria de contenidos y hasta al propio Derecho de Autor en su totalidad, que se halla cuestionado en la sociedad española. Se ha intentado con la tergiversación del límite implantar un modelo alternativo al Derecho de Autor en que se legalizaba “*de facto*” la piratería, y se trataba de compensar por ella a los titulares de derechos mediante un sistema de canon indiscriminado. Mediante la derogación del límite se devolverá a los a los titulares de derechos de explotación sobre obras de creación la plena capacidad de autorizar la realización de reproducciones para uso privado, tarea que pueden desempeñar de

manera eficiente mediante medidas tecnológicas de protección destinadas a tal efecto sin necesidad de constreñir los derechos derivados de la propiedad intelectual de los autores y demás titulares de derechos de explotación sobre obras sujetas al derecho de autor, y sin lesionar de manera irrazonable el derecho de intimidad de los usuarios.

Mis conclusiones no sólo se limitarán a confirmar científicamente mi tesis central, sino que recogerán asimismo las numerosas conclusiones relevantes a las que he llegado a través de mi disección científica del problema.

4. Metodología.

El experimento sociológico-legislativo realizado a través de la utilización del límite de copia privada para fines diversos a aquellos para los que este se diseñó originalmente y su repercusión o influencia en la nefasta situación que atraviesa la industria de contenidos en nuestro país resulta increíblemente complejo, y por tanto este trabajo, aunque es fundamentalmente uno de investigación jurídica, necesitaba además imperiosamente considerar el uso de otras disciplinas extra-jurídicas utilizadas como herramientas argumentales. Es decir, resultaba perentorio si se quería conseguir diseñar una formulación satisfactoria del problema planteado el considerar necesariamente otras disciplinas amén de la ciencia estrictamente jurídica. No hay que olvidar que en el fondo estamos tratando una situación cuyas raíces se enclavan firmemente en la constitución y desarrollo de la moral pública en nuestro país. Un trabajo sobre el tema que nos ocupa basado únicamente en la doctrina jurídica obviaría demasiadas derivadas de capital importancia para alcanzar una visión completa y satisfactoria del problema.

Esta tesis se compone entonces, además de una introducción dedicada a precisar su propia justificación, los planteamientos metodológicos de la investigación, y una hipótesis o punto de partida, exclusivamente de tres capítulos: El primero se dedica enteramente por un lado a justificar ética y sociológicamente este trabajo, además de a otorgar las claves o herramientas necesarias para entender el problema, y por el otro a delimitar en términos de sistemática normativa al tercer capítulo, que analiza el límite de copia privada desde un punto de vista estrictamente jurídico, ya que llegado este punto, ya deberían haber quedado expuestas todas las claves necesarias para

comprender en profundidad el problema. El segundo capítulo intenta localizar el límite de copia privada en el Ordenamiento Jurídico, explicando de mayor a menor las categorías en el que este se enclava: Su encaje (si alguno) constitucional; la categoría de derechos relevantes al tema en general, que son los de explotación derivados del Derecho de Autor, y el derecho de reproducción en particular, que es el que el límite de copia privada restringe bajo determinadas circunstancias, Una vez tratados los derechos, se hace necesario estudiar los límites a los derecho de explotación como categoría, para así conseguir descifrar la localización precisa del límite de copia privada como entidad, y las consecuencias prácticas que tal localización entraña.

El primer capítulo se divide así en dos partes, siendo la primera de ellas la dedicada a lo que he dado en denominar parámetros doctrinales. Amén de las fuentes jurídicas primarias y secundarias, resultaba a mí entender necesario explicar y dar nociones de la ciencia denominada ciberética, ya que sólo a partir de las herramientas que nos proporciona esta novísima disciplina, y del estudio de su autor más importante, el profesor norteamericano MOOR, se pueden entender algunos de los problemas morales (y si estamos hablando de derecho, deberíamos estar también hablando de ética, por cuanto una norma resulta más antijurídica cuanto más se aleja de lo “naturalmente bueno”). Por tanto, resultaba necesario al menos delinear algunos de los novísimos problemas morales que las nuevas tecnologías han planteado desde el punto de vista ético, y las aproximaciones posibles que desde un punto de vista ético se pueden utilizar con el objeto de solucionar los novísimos paradigmas traídos por la revolución digital, y constituyendo el núcleo o base del problema planteado el papel del Derecho de Autor en esta nueva realidad, ya que quizá la explotación de la propiedad intelectual en forma digital, y en el ámbito de la Red sea el problema de mayor enjundia que la revolución digital ha traído consigo. Esta es la razón por la que el estudio de otro célebre profesor americano, LESSIG, se encuentra presente de manera particularmente relevante en esta primera parte del trabajo. LESSIG resultaba fundamental metodológicamente puesto que él dibuja muchas de las herramientas conceptuales que permitirían más adelante plantear nuestra posición ética y política ante el tema planteado. Así, este trabajo debe a LESSIG (sin coincidir en todas sus propuestas) conceptos como el de que el “código” (el “*software*”), puede contener y de hecho habitualmente contiene valores, conceptos y posiciones éticas, políticas, y legales (también a MITCH KAPOR). Además de la obra de LESSIG se extraen herramientas que obligatoriamente se han de incluir si se quiere realizar un análisis metodológicamente serio del problema, puesto que gracias a este autor se entiende la imposibilidad de abordar nuestro trabajo simplemente desde

un punto de vista jurídico, habiendo necesariamente de considerar la “norma social”, el mercado, y la propia arquitectura del archivo digital (es decir, la tecnología y su impacto en la realidad social). Gracias a la aportación doctrinal de estos dos autores, a las herramientas conceptuales que proporcionan, resulta posible explicar las diversas aproximaciones ético-políticas al dilema digital (en cuanto a la función del Derecho de Autor en la Red, existen diversas posiciones de diversa índole jurídico-política, algunas diametralmente opuestas entre sí en su aproximación al tema). Por ello, se había de exponer que las soluciones al “dilema digital” no se encuentran exentas de ideología, significando muchas de ellas la evolución tradicional de las ideologías existentes en el “mundo real”. Consecuentemente, asimismo se han ofrecido diversas soluciones u opciones al Derecho de Autor tradicional, algunas ellas por supuesto además evolución natural de posiciones políticas muy determinadas que derivan del mundo pre-digital; pero (y aquí radica la mayor novedad) otras en las que la evolución natural de las ideologías escapa a la lógica: lo blanco es negro, y lo negro es blanco. Así, defensores a ultranza de la propiedad en el mundo real niegan el carácter de propiedad a los derechos de explotación nacidos del Derecho de Autor; y defensores del reparto de recursos económicos tendente a la igualdad en el mundo real defienden posturas en lo concerniente a la propiedad intelectual en la Red que en el mundo real serían consideradas capitalismo radical sin complejos. El exponer esta realidad resultaba fundamental para que poder explicar satisfactoriamente el por qué existen tantas variables que afectan a este tema tan complejo; pero también para explicar la propia ideología subyacente al trabajo (que existe, y además se halla bastante definida).

Continuando con la explicación de la metodología utilizada, la segunda parte del primer capítulo es la bautizada como “parámetros fácticos”. Aspira este trabajo a construir soluciones jurídicas a un problema determinado y real. En la primera parte del primer capítulo diseccionada en el párrafo anterior, se plantea un problema global: el llamado “dilema digital”, y se intenta proporcionar las herramientas lógicas para entender que vivimos tiempos revolucionarios, y que existen diversas posiciones éticas y políticas que ambicionan afrontar y solucionar los problemas planteados por ellos. No obstante, este trabajo se circunscribe a unas coordenadas espacio-temporales muy determinadas: España durante la última década más o menos. Que en nuestro país existe un problema de piratería en la Red casi sin parangón en el mundo civilizado no resulta un secreto para nadie. No obstante, se intenta en esta parte del trabajo demostrar que este problema existe en la realidad; y se hace utilizando fuentes foráneas (El Informe “Special 301” publicado por los

EE.UU., y fuentes nacionales de orden periodístico, informes de consultorías especializadas, dictámenes, estudios, etc. La situación en nuestro país resulta especialmente complicada, puesto que resulta difícil saber si no existe una oferta lícita de calidad por la omnipresente piratería, o viceversa. No obstante, las cifras prueban que la situación de la industria de contenidos en nuestro país es dramática, y que los sucesivos Gobiernos han hecho poco o nada para solucionarla. Esta es la parte quizá más periodística del trabajo. También es la parte en la que se intenta explicar cómo, influido por las tesis “revisionistas” sobre el Derecho de Autor que se explican en la primera parte del capítulo, se ha utilizado en España la excusa del límite de copia privada para legalizar de hecho la piratería en la Red, y un canon digital indiscriminado por razón de compensación equitativa para compensar a los autores y titulares de derechos de explotación por razón de la utilización antijurídica de sus obras. El instrumento jurídico utilizado no podía ser una pieza de legislación, así que la desnaturalización del límite de copia privada se realizó mediante un instrumento administrativo: La Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado; Circular que tuvo inmediato impacto en la jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales Españolas, que dictaron Sentencias y Autos en ocasiones absolutamente contradictorios entre sí. Algunos de ellos manifestando y abrazando negro sobre blanco la tesis consistente en que la realización de reproducciones no autorizadas desde redes P2P eran actos cubiertos por el límite de copia privada, y por tanto actos lícitos. Por tanto, en esta parte del trabajo se analizan tanto Instrumentos de Derecho Público emanados de Órganos Administrativos, como jurisprudencia tanto del Orden Penal como del Civil. El motivo de lo anterior no era otro que la necesidad de demostrar la influencia de los primeros sobre parte de los segundos, lo cual sólo podía ser demostrado exponiendo ambos de manera consecutiva. Así, en el siguiente punto, realizando un análisis estrictamente jurídico de la jurisprudencia disponible sobre la piratería en Red, se demuestra que existe en España una jurisprudencia sobre el asunto radicalmente contradictoria e incoherente. La razón es que las tesis de la Circular 1/2006 han contaminado severamente y de manera consecutiva (un Auto o Sentencia se apoya en las tesis de la Circular 1/2006, otro Auto o Sentencia se apoya argumentativamente en las tesis del Auto o Sentencia anterior, y así sucesivamente) las decisiones de nuestros Tribunales. Por ello, aún hoy, resulta de extrema dificultad adelantar lo que un Tribunal va a fallar en un caso en que exista una infracción patente del Derecho de Autor; aunque esta situación podría modificarse de aprobarse las reformas legales proyectadas sobre la LPI y sobre el CP. Una vez demostrado que en España se había aprobado de hecho la piratería utilizando el

subterfugio del límite de copia privada, reduciendo a la práctica lo peor de las tesis “revisionistas”, el siguiente paso en este punto del trabajo se centró en demostrar que el Estado intentó (y consiguió durante un tiempo) arbitrar un sistema de compensación equitativa que compensara la licitud de la reproducción no autorizada de obras sujetas al Derecho de Autor en la práctica. Así, la siguiente Sección en el marco de los “parámetros fácticos” constituye una rareza en el ámbito formal de este trabajo, puesto que está dedicada al único tema que se analiza en dos partes distintas del mismo (de hecho, cada uno de estos análisis se halla en un capítulo distinto ¹²). Nos estamos refiriendo a la compensación equitativa por copia privada, que en el contexto espacio-temporal que trato en este punto se encuentra fuertemente relacionada con el popularmente llamado “canon digital”. Intento demostrar en este punto que paralelamente a la legalización de facto de las descargas a través de la utilización distorsionada del límite de copia privada, se arbitró un sistema de canon digital de repercusión indiscriminada, ya que gravaba impositivamente un amplio número de aparatos y soportes con independencia de quienes fueran sus destinatarios finales (personas físicas o jurídicas), o que su destino final fuera efectivamente el de realizar copias privadas. La simultaneidad de la ampliación del ámbito de imposición del canon digital con la licitación de hecho de la piratería a través del límite de copia privada no fue ni mucho menos casual, y respondía a un plan predeterminado. Es por ello que la única manera posible para explicar este importantísimo punto ha sido el de analizar ambos temas de manera consecutiva. Este punto se completa con un análisis jurídico de la Sentencia PADAWAN emanada del TJUE, que fue la desencadenante de que toda la construcción jurídica de inspiración doctrinal “revisionista” se deconstruyera, ya que la Sentencia terminó con el sistema de repercusión indiscriminada del canon digital, cuyo cometido no era otro que el de compensar la libre reproducción antijurídica realizada al amparo del límite de copia privada a través de una tasa indiscriminada. Los pros y los contras del sistema de compensación equitativa sustitutivo se analizan en el capítulo segundo de este trabajo, siendo el propósito de este punto el señalar sin ambages los mecanismos por los que se realizó el experimento legislativo objeto de esta tesis en España (incluso se podría denominar como

¹² En el capítulo tercero realizo un estudio estrictamente jurídico, que se centra (entre otros asuntos) en el por qué la anteriormente conocida como “*remuneración compensatoria*” ha pasado a llamarse “*compensación equitativa*”, en la evolución legislativa hacia el nuevo sistema de compensación equitativa sufragada a cuenta de los Presupuestos Generales del Estado; en por qué la tasa a día de hoy resulta contraria al Derecho Europeo; en por qué el nuevo modelo de compensación equitativa constituye el motivo fundamental de la restricción del ámbito de actuación del límite de copia privada en la reforma de la LPI proyectada; y finalmente en el hábil subterfugio desarrollado por el Gobierno para sub-financiar la compensación equitativa utilizando para estos fines el concepto de “*perjuicio mínimo*”.

para-legislativo, ya que se utilizaron instrumentos distintos a una reforma legal de la LPI que se sabía imposible de realizar por parte del legislador, por lo que se manejaron los instrumentos conceptuales reseñados más arriba con el objeto de redefinir el sistema en su totalidad). La solución al desastroso “*status quo*” que provocó tal experimento en la industria de contenidos nacional nos vino entonces desde fuera, concretamente desde el TJUE. Además, con el objetivo de demostrar la “inadecuación estructural” que sufre el sistema político español inhabilitándolo en la práctica para endurecer las normas protectoras del Derecho de Autor, y con el objeto de argumentar el fundado temor en que la reforma restrictiva que habría de sufrir necesariamente el límite de copia privada se termine “*descafeinando*” sin remedio ¹³, puesto que en nuestro país una reforma de este calado resulta extremadamente difícil de realizar, analizo la historia desde la génesis a la aprobación de la denominada popularmente primero como “*Ley Sinde*”, después como “*Ley Sinde-Wert*” así como su Reglamento; cuya historia acabará teniendo sin remedio analogías claras con la proyectada reforma de la LPI. Se analiza así en este apartado todas las modificaciones que esta norma destinada a combatir la piratería online ha sufrido desde su génesis hasta su plasmación legal y reglamentaria; plasmación que en la práctica ha convertido el proyectado procedimiento sancionador de la piratería en línea, así como el órgano destinado a gestionar tal procedimiento en una pieza de legislación inoperante en la práctica el primero, y en un Órgano administrativo (la Sección 2ª de la Comisión de Propiedad Intelectual; en adelante Sec. 2ª CPI) cuya existencia resulta absolutamente irrelevante. Este punto concluye analizando asimismo el último esfuerzo legislativo realizado en este sentido: la proyectada inclusión del artículo 158ter en la LPI, que regulará las funciones sancionadoras de la Sec. 2ª de la LPI desde un punto de vista material, incluyendo reformas muy necesarias en el Ordenamiento Jurídico Español sobre Derecho de Autor (como por ejemplo la explicitación del ilícito de facilitación contributaria a una infracción del Derecho de Autor en la Red). Puesto que esta reforma parece el esfuerzo más serio de los llevados a cabo durante los últimos años para construir un régimen sancionador eficaz que termine con España como el paraíso de la piratería entre los países de nuestro entorno, se realiza un comprensivo estudio material de la reforma del artículo, que se basa tanto en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la LPI, como en el Proyecto de Ley de Reforma aprobado recientemente; además de en Informe oficial del CGPJ sobre la Reforma., y en el Dictamen 1064/2013 del Consejo de Estado sobre el

¹³ Temor más que justificado tras leer las duras críticas que se han realizado a la proyectada regulación del límite tanto por parte del Informe del CGPJ, como por el Dictamen del Consejo de Estado.

mismo tema. Este estudio espera dar a este trabajo un deseable plus de novedad que ayudará a comprender de manera aún más comprensiva el problema planteado, así como a discernir en qué fase y cuáles son las expectativas de que nuestro país intente revertir de la caótica situación vigente de falta absoluta de respeto al Derecho de Autor. Finalmente, y a modo de resumen, se enumeran las razones prácticas por las que resulta deseable que el límite de copia privada en ámbito digital haya de ser eliminado; muy especialmente en nuestro país.

Por su parte, el segundo capítulo, intenta situar en términos de sistemática normativa el límite de copia privada al derecho de reproducción de los autores. Lógicamente, presentándose este trabajo bajo la tutela y ante la revisión del Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias de la Información (e incluso aunque no lo estuviera), resultaba necesario un análisis constitucional no sólo del límite de copia privada, sino del derecho al cual este limita (el derecho de reproducción), y en definitiva de la totalidad del Derecho de Autor, del que el derecho de reproducción forma parte. Así, resultaba perentorio analizar el origen constitucional del Derecho de Autor, llegando a la conclusión de que este en el marco de la Legislación Española se divide en dos partes: los derechos morales que protegen el acto mismo de la creación, y que emanan del artículo 20.1 b), y los derechos de explotación sobre los frutos de tal acto de creación, que emanan del derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 de la CE, y que se desarrollan en el marco de la economía de mercado que tutela el artículo 38 de la CE (que aunque no sean derechos fundamentales en sentido estricto, si lo son en cuanto a su protección constitucional según las últimas apreciaciones doctrinales y del TC). Así pues, una vez dilucidado que el derecho de reproducción es constitucionalmente un derecho (especial eso sí) de propiedad, el siguiente paso lógico habría de ser esclarecer si el límite de copia privada emana de manera directa de algún derecho constitucional comparable en términos de jerarquía normativa al derecho que limita; puesto que de ser así, su eliminación o incluso la restricción de su ámbito de actuación no resultaría sistemáticamente posible en nuestro Ordenamiento Jurídico. Se examina entonces la posible relación del límite con algunos derechos fundamentales contenidos en la CE (principalmente con los que se ha defendido por algunos que el límite de copia privada tenía relación), además de con el principio informador constitucional del acceso a la cultura. La conclusión es que, tanto desde el punto de vista del análisis normativo directo, como desde la interpretación doctrinal, pasando por la jurisprudencia del TS, no cabe sino negar que el límite de copia privada derive de fuente constitucional alguna que impida su derogación. Además, habiendo demostrado que el límite de

copia privada lo es a un derecho que deriva del reconocimiento constitucional de la propiedad, el próximo paso habría necesariamente de ser el de desmontar la teoría de que el límite no es sino manifestación de la función social de la propiedad. Por último, y dada la sustancial importancia de las normas emanadas de la UE sobre la regulación del Derecho de Autor en la era digital, he considerado oportuno al menos mencionar por qué el Derecho Comunitario goza de tanta relevancia sobre el tema que nos ocupa. Una vez dilucidadas las cuestiones de índole constitucional, se hace necesario definir el derecho cuyo ejercicio pleno estamos defendiendo. Se analiza entonces primero el “*genus*”; es decir, los derechos de explotación en general; y posteriormente la “*especie*”; es decir, el derecho de reproducción en particular. Este derecho además cobra una importancia inusitada en la era digital (especialmente en el ámbito de la Red), ya que toda explotación que se realice de una obra en tal ámbito implica una reproducción. Por supuesto, resulta imposible comprender el concepto del derecho de reproducción (e incluso del Derecho de Autor en general) sin analizar su requisito fundamental: el de que resulta necesaria la fijación de una idea/obra en un soporte para que esta alcance la protección legal que dispensa el Derecho de Autor (las ideas y los hechos no son objeto del derecho de autor, lo que desmonta la supuesta necesidad de un límite de copia privada basándose en la libertad de información). Sin embargo, el requisito de fijación, al que tradicionalmente acompañaba una cierta permanencia, es uno de los que están experimentando una evolución más acusada en el ámbito de la revolución digital, y así coexisten fijaciones provisionales de carácter meramente técnico que carecen de significación legal, con fijaciones sólo en apariencia provisionales, puesto que su indudable significación económica las convierten en “reproducciones de pleno derecho” (el “*streaming*”). Estas últimas reproducciones constituyen la base del nuevo modelo de explotación que terminará siendo el fundamental en la comunicación pública de varias clases de obras de creación.

Una vez fundamentados y definidos el objeto y el sujeto del derecho de reproducción, hemos de detenernos en los límites a los derechos de explotación en general, y sobre los que lo son al derecho de reproducción en particular, puesto que aquí se encuentra la auténtica naturaleza jurídica del límite de copia privada. Por supuesto, el primer paso es explicar que no todas las excepciones y limitaciones a los derechos de explotación gozan del mismo valor jurídico, ya que cada uno de ellos se encuentra fundamentado por la persecución que realiza el legislador para conseguir la concreción de diferentes bienes jurídicos. Así, resulta fundamental explicar que las limitaciones y excepciones a los derechos de explotación gozan del valor del que goza el bien jurídico que se

persigue con su inclusión en el derecho positivo, lo cual determina de manera sustancial la potencial capacidad del legislador para determinar su permanencia o desaparición en el o del ordenamiento jurídico español. En esta parte del trabajo se traza la diferenciación entre excepciones y limitaciones, incardinando el límite de copia privada entre las segundas; incardinación que implica a su vez que el límite de copia privada ha de ser interpretado necesariamente de manera restrictiva, y que no deriva de ningún derecho de los usuarios (lo cual ya se había intentado demostrar con gran abundamiento en la parte dedicada al derecho constitucional en este mismo trabajo). De hecho, resulta en este estadio oportuno realizar una comparación entre los sistemas de derechos y limitaciones entre los EE.UU., y algunos países de tradición “civilista” como el nuestro (la UE participa de esta tradición aunque algunos de sus países tradicionalmente, y por razones históricas dispongan de un sistema jurídico consuetudinario, con todo lo que ello conlleva, aunque su pertenencia a la UE matice tal sistema). La mayor diferencia es que (y poniendo como ejemplo principal a EE.UU.), en los países de sistema consuetudinario los derechos están redactados de manera estricta, numerada y bajo un sistema de “*numerus clausus*”, mientras sus limitaciones o excepciones se van construyendo por los tribunales a medida que se consideran necesarios. Por el otro lado, en los sistemas “*civilistas*” como el nuestro la visión del legislador es totalmente opuesta, estableciéndose una lista de derechos bastante amplia tanto en su número como en su ámbito, y delimitándose los límites a estos derechos mediante un sistema de “*numerus clausus*”. Es aquí donde se analiza el “otro” sistema: el sistema de limitaciones “abierto” basado en el derecho consuetudinario conocido como “*fair use*”; llegando a la paradójica conclusión de que se ha de considerar este a la par como un sistema repleto de bondades e inaplicable en nuestro país. Además, se realiza aquí un análisis de la doctrina del “*fair dealing*”, aplicándola asimismo hipotéticamente a España. Posteriormente, y puesto que en el marco del análisis a los límites a los derechos de explotación en general, se realiza un primer estudio pormenorizado de la “*regla de los tres pasos*”, que es el examen legal que actúa como “límite de límites”, y que el límite de copia privada vigente en España en ningún caso supera. No obstante, metodológicamente el sentido de desentrañar aquí la “*regla de los tres pasos*”, es el de realizar un estudio exhaustivo sobre los límites al Derecho de autor, por lo que no se puede concluir esta sección de otra manera que comparando el “*fair use*” con la “*regla de los tres pasos*”, ya que la función de ambas doctrinas legales no es otra que la de desentrañar si un límite determinado a un derecho de explotación resulta legalmente válido o no. La mejor doctrina ha manifestado (incluso

mediante una declaración conjunta) que ambos sistemas se deberían acercara aún más, dada la flexibilidad necesaria para regular un ámbito tan mutante como el digital (necesaria en ambos el sentido restrictivo y el habilitativo). La parte sustancial del capítulo concluye con un estudio de la codificación de las limitaciones y excepciones en general en las dos normas que regulan el tema en España directamente: la DDASI y la LPI. Finalmente, y a modo de recapitulación provisional. Como se hace en diversas partes del trabajo, se incluyen unas conclusiones provisionales que sintetizan lo más relevante de lo estudiado.

En cuanto al tercer capítulo, es aquí donde se realiza por fin un estudio estrictamente jurídico del límite de copia privada. Se comienza a manera de introducción con un análisis metodológico de las razones que, de acuerdo con gran parte de la mejor doctrina, explican el surgimiento del límite de copia privada en el ámbito analógico; para intentar aplicar posteriormente tales razones o motivos al límite de copia privada en el ámbito digital. Adentrándonos ya de manera específica en la primera codificación del límite tal como lo entendemos hoy (aunque en puridad este aparece en Ordenamiento Jurídico Alemán en el año 1901), la realizada en Alemania en los años 60, que intentaba responder a una situación o problema concreto (una demanda realizada por la entidad de gestión alemana GEMA contra el fabricante de aparatos y soportes de reproducción doméstica GRUNDIG). Este análisis jurídico-histórico resulta fundamental para comprender la esencia del límite, y por qué su existencia no había causado problema alguno durante toda la era analógica (de hecho, se trataba de un instrumento de “paz social”). También se analiza en este punto el nacimiento de la compensación equitativa por copia privada, y la adopción del límite de copia privada por parte del CB.

El capítulo continúa intentando dar un concepto o definición del límite de copia privada, tarea que, como entiende asimismo la mejor doctrina, resulta imposible sin analizar de manera pormenorizada y específica cada uno de los elementos del límite. Este es de hecho el método elegido para analizar en profundidad desde un punto de vista jurídico el límite de copia privada más adelante, al final de este mismo capítulo. Posteriormente, nos introducimos en un punto fundamental: el estudio de los fundamentos que justifican el límite de copia privada, centrándonos en los dos fundamentos “históricos” o “reales”, que fueron los que se tomaron en consideración con anterioridad o paralelamente a la codificación primera del límite. Por tanto, se incluye aquí un análisis del concepto “fallo de mercado”, que no resulta ajeno a la teoría económica. Se apunta

aquí además que este un problema que amén de que la tecnología lo crea, la tecnología (el “código”) lo soluciona. El otro gran fundamento que justifica (o justificaba) el límite, es el fáctico-jurídico: es decir, la “*imposibilidad de control*” que los titulares de derechos de explotación sufrían en la era analógica sobre las reproducciones que los usuarios realizaran en su ámbito privado; fundamentalmente en su domicilio. Coincide aquí el trabajo con la mayor parte de la mejor doctrina en la aseveración de que tal imposibilidad es más de orden “*jurídico*” que de orden “*fáctico*”. El estudio de este esencial fundamento del límite se completa con un análisis histórico-jurídico sobre la “*imposibilidad de control*”, circunscribiéndonos principalmente a nuestro país, y estudiando la evolución en la respuesta del derecho positivo a este problema. La conclusión es que este problema existía en el ámbito analógico, por lo que se adoptó el límite de copia privada principalmente para compensar económicamente a los titulares de derechos de explotación por sus pérdidas, ya que las reproducciones domésticas resultaban efectivamente incontrolables; pero también que la tecnología digital viene a solucionar de forma paulatina pero imparable tal problema cada vez con mayor eficacia, con lo cual necesariamente se concluye que este fundamento se diluye progresivamente. Por tanto, se deduce que a medida que se diluyen los fundamentos de oportunidad que motivaron la creación del límite de copia privada, se difumina paralelamente la necesidad de su existencia.

El análisis estricto del límite de copia privada que se sustancia en este capítulo se fija ahora en una Norma Comunitaria de directa relevancia y obligado cumplimiento para el Legislador español: La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (la DDASI). A estas alturas del trabajo este ya consiste en un análisis estrictamente de ciencia jurídica. Tras un desglose del contenido material de la Directiva, se entra a explicar la regulación que se hace en ella del límite de copia privada. Además se realiza aquí una interpretación de los motivos del Legislador Comunitario a la hora de definir positivamente el límite de copia privada en la DASSI (su desaparición paulatina en el ámbito digital a medida que se perfeccionase la eficacia de las medidas tecnológicas de reproducción). Posteriormente analizamos el concepto del límite de copia privada en la DDASI de la única manera en que puede realizarse tal estudio eficazmente: a través de la disección de los elementos materiales contenidos en la redacción del límite. La DDASI exige que los Estados que adopten el límite adopten algunos elementos de los que se incluyen en su definición legal, siendo el más relevante

la exigencia ineludible de que se arbitre un sistema de compensación equitativa por parte del Estado miembro de adoptarse el límite. El análisis de la DDASI resulta preceptivo para nosotros, puesto que el Legislador español, al elegir incluir el límite de copia privada en su Ordenamiento Jurídico, ha de dotar necesariamente a este de los elementos materiales que se incluyen en la definición legal de la DDASI. No obstante, la definición del límite de copia privada en la Directiva sobre Derecho de Autor es “*de minimis*” en cuanto a su dibujo, por lo que se hace necesario asimismo observar cómo han desarrollado (o no) el límite los países de nuestro entorno. Este análisis de derecho comparado, que comienza con los Estados miembros de la UE, y que es del mismo modo estrictamente de ciencia jurídica, representa la parte siguiente de este trabajo.

Así, entre los países miembros de la UE, se realiza un análisis técnico-jurídico de la legislación sobre el límite de copia privada que podemos encontrar en los ordenamientos jurídicos de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Irlanda, Italia, Portugal, y el Reino Unido. Desde el estudio de la legislación de estos países con respecto al límite, y de sus progresivas modificaciones, se llega a la conclusión de que los países que han adoptado un límite de copia privada “extenso” han terminado por sufrir problemas de piratería graves y se han visto obligados a eventualmente restringirlo; mientras que los países con un límite restringido “*ab initio*”, o incluso aquellos en los que el límite de copia privada no existe como tal (en los que se limita este básicamente a una provisión legal habilitadora de las reproducciones por motivo del “*time-shifting*”), son aquellos en los que la industria de contenidos goza de un mayor peso específico en sus respectivas economías nacionales, y son los mejor preparados para afrontar el futuro de la comunicación digital en línea. Además, se constata una tendencia general e inequívoca hacia la restricción legal del límite de copia privada, especialmente en el ámbito digital, entre los países de la UE.

Siguiendo con el derecho comparado, analizamos asimismo en términos de técnica jurídica como se regula positivamente el límite en los EE.UU., ejercicio de derecho comparado necesario para entender por qué este no resulta necesario en el ámbito digital, dada la posición de vanguardia del país norteamericano tanto en el campo del desarrollo tecnológico, como en la producción de contenidos. Resulta pues lógico, precisamente por su posición de vanguardia, que muchos de los novísimos problemas que acarrearán las nuevas tecnologías en el ámbito del Derecho de Autor se hayan planteado en primer lugar en el país norteamericano. Además, los EE.UU. gozan de un

sistema legal basado en el derecho consuetudinario que resulta muy útil debido a su agilidad a la hora de afrontar nuevas disyuntivas legales provocadas por el avance tecnológico. Se reseñarán y estudiarán aquí además algunos casos que resultan de relevancia directa para nuestro estudio, como por ejemplo el primer caso de reconocimiento en la Ley de las medidas tecnológicas de protección así como de la prohibición legal de su elusión. Este análisis jurisprudencial también explicará el origen de algunas peculiaridades legales importantes (surgidas en los EE.UU., aunque de posterior incidencia en todas las legislaciones sobre Derecho de Autor), como por ejemplo el por qué la comercialización de ordenadores personales se halla normalmente exenta de la exacción del canon digital. Por último, resultaba especialmente desmontar la generalizada creencia de que en EE.UU. el límite de copia privada no se reconoce, cuando sí que se hace (aunque de manera limitada y fundamentalmente en el ámbito analógico –con la excepción de la primera copia digital para obras musicales en algunos aparatos, ya obsoletos-.

Es en este momento, y aprovechando todo el análisis anterior, cuando resulta procedente estudiar la historia de la codificación del límite de copia privada, específicamente en la legislación española sobre Derecho de Autor hasta la Ley de Propiedad Intelectual vigente: la que deriva de la Ley 23/2006. Esta sección resulta de gran interés puesto que ayuda a comprobar la mutación sufrida por alguno de los elementos del límite a lo largo del tiempo, y como nada es casual en la redacción vigente del artículo 31.2 de la LPI, sino producto de una evolución legislativa hija de sus tiempos respectivos. Lógicamente nos detendremos detiene y haremos especial hincapié sobre la introducción de la DDASI en el Ordenamiento Jurídico español mediante Ley 23/2006, cuya reforma del límite constituye su regulación legal vigente al tiempo de escribir estas líneas. A efectos de consignar la interpretación histórica de la norma jurídica se ha de realizar necesariamente aquí además una exposición sobre el farragoso proceso de aprobación de la Ley 23/2006, que se centre en la configuración legal del límite de copia privada. Aquí se añaden las modificaciones proyectadas sobre límite, incluso subrayando las diferencias entre el Anteproyecto de Ley aprobado en el 2013, y el Proyecto de Ley aprobado por Consejo de Ministros en febrero de este año 2014.

Es ahora, y solamente ahora, habiendo demostrado que el concepto del límite de copia privada sólo resulta aprehensible a través del estudio de sus elementos, cuando procede analizar estos elementos. El estudio divide los elementos materiales contenidos en la definición legal del límite

en elementos objetivos y elementos subjetivos. En los primeros, la incidencia de la conducta o la intención de un usuario determinado resulta irrelevante, aunque esta misma incidencia alcanza el grado de fundamental en los segundos.

Entonces, esta, la parte esencial de este trabajo, comienza con el estudio de los elementos objetivos del límite de copia privada, analizando en primer lugar lo que sea el acto de reproducción en sí mismo considerado y en relación al límite de copia privada. El análisis se centra, por supuesto, en el ámbito digital; y presta especial atención a las últimas modificaciones previstas por el Gobierno para la Ley de Propiedad Intelectual, tanto las contenidas en el Anteproyecto como en el Proyecto de Ley, reseñando las diferencias entre ambas. Este análisis de la reforma será una constante en el análisis de cada uno de los elementos configuradores del límite. Posteriormente se estudiarán las distintas formas o métodos de autorización que el Derecho de Autor confiere al autor o titular de derechos de explotación, y que tienen como objeto permitir al usuario (normalmente mediante precio) realizar una reproducción. Esta autorización al usuario para ejercitar el derecho de reproducción por parte de los legítimos titulares de un derecho de propiedad sobre la obra es la que suple legalmente el límite de copia privada. Tras ello se consignará la duración de los derechos de explotación y se explicará por qué la propiedad intelectual (a diferencia de la propiedad real) tiene un ámbito de influencia limitado en el tiempo, y se realizará un análisis crítico sobre los motivos alegados para la exclusión del ámbito de actuación del límite de copia privada de las bases de datos y los programas de ordenador. El análisis de los elementos objetivos del límite continuará con el estudio de la repercusión que sobre él ejerce la divulgación previa de la obra, cuya autorización trasciende el ámbito de los derechos de explotación, ya que en este caso hablamos de un derecho moral del autor. Se determinará posteriormente la importancia que sobre nuestro estudio ejerce el tipo de soporte sobre el que se fije una determinada reproducción. En cuanto al siguiente elemento, no sólo es quizá el más importante de los elementos subjetivos del límite, sino que también es el fundamental en la era digital, y su importancia está destinada a aumentar a lo largo del tiempo. Analizaremos entonces la repercusión que sobre el límite despliega el hecho de que la obra se halle o no protegida por medidas tecnológicas de protección. El estudio necesariamente más minucioso sobre este elemento se centrará en explicar lo que sean las medidas tecnológicas de protección, en diferenciar sus clases, y en analizar las consecuencias de su regulación legal tanto en el Derecho Comunitario como en la legislación española aplicable; tanto en la legislación vigente como en la proyectada (Anteproyectos y Proyectos de Ley de reforma de

la LPI y del CP). Las medidas tecnológicas serán entonces sometidas aquí a un escrutinio concienzudo, puesto que resulta obvio que vienen a solucionar los problemas que originaron la inclusión originaria en el Ordenamiento Jurídico del límite de copia privada. Finalmente, el examen de los elementos objetivos del límite finalizará con otro de sus elementos sustanciales. El análisis, a diferencia del practicado en el capítulo primero, se circunscribirá en esta ocasión al ámbito conceptual exclusivamente jurídico, y vendrá a completar al realizado allí sobre los hechos (tanto “reales”, como jurídicos) que motivaron su radical reforma legal; reforma legal que asimismo se analizará aquí con la profundidad que se merece. Nuestro análisis se centrará entonces en la evolución que ha experimentado la regulación de la compensación equitativa, desde su primera inclusión en el derecho positivo, hasta su regulación vigente. Se explicarán en primer lugar las diferencias entre los conceptos de “*remuneración equitativa*” y “*compensación equitativa*”, para terminar analizando las futuras proyectadas reformas de la norma, terminando este punto con el análisis crítico de la repercusión que tendrá la aplicación del concepto del “perjuicio mínimo” sobre la compensación equitativa de llevarse a cabo la reforma proyectada respetando sus puntos esenciales.

Completado el estudio de los elementos objetivos del límite, toca analizar sus elementos o requisitos subjetivos, comenzando con uno que se encuentra a medio camino entre lo objetivo y lo subjetivo, puesto que aun resultando un dato fundamentalmente objetivo el requisito de que el copista sea una persona física o no lo sea (se es objetivamente una persona física, o no se es), existen variables de gran importancia que actúan sobre la conceptualización de este elemento, porque por ejemplo en ocasiones se practican (y revisten gran interés desde el punto de vista jurídico) reproducciones por terceros, o en establecimientos abiertos al público cuyo destino final es el usuario, que sí que dependen de la conducta de la persona física “copista”, razón por la cual se ha terminado incluyendo este elemento entre los “subjetivos”. Se examina así en este punto esta relevante problemática. Inmediatamente después se diseccionará uno de los elementos o requisitos más importantes en la era digital, puesto que influye de manera directa y decisiva sobre el ámbito de actuación del límite: el requisito de que la persona física copista haya tenido un acceso legal a la obra. En primer lugar, y tomando como base el vigente artículo 31.2 de la LPI, introducido por la Ley 23/2006, se realizará un análisis crítico sobre la vaguedad del concepto de “acceso legal” tal y como se encuentra dibujado en esta norma. Este elemento (que no se recoge en la DDASI) aparece por primera vez en la LPI tras la reforma practicada por la mencionada ley 1/2006, pero

no explica esta en que consiste o en qué casos concretos se produce. De hecho, abundaremos en el concepto de “acceso legal”, exponiendo que abarca este a su vez dos subconceptos: uno objetivo, el llamado “legalidad de la fuente”; y uno subjetivo, el conocido como “legalidad del acceso” a la obra en sí mismo considerada. Lógicamente el elemento objetivo resulta más apropiado en términos de seguridad jurídica que elemento subjetivo. Aquí se compararán los dos subconceptos, y se explicará su interrelación. Además, y puesto que la reforma proyectada de la LPI incide especialmente sobre este elemento (lo cual resulta lógico, puesto que la manera más eficiente de restringir el límite de copia privada es definir asimismo de manera restrictiva elemento del “acceso legal” a la “copia patrón” desde la cual se realiza la reproducción autorizada por el límite). Aquí se analizará la reforma sobre este elemento o requisito que planteó el Anteproyecto de Ley de Reforma de la LPI, la críticas al Anteproyecto realizadas tanto por parte del Consejo General del Poder Judicial como por el Consejo de Estado, el influjo de estas críticas sobre la redacción del Proyecto de Ley, y por último las deficiencias técnicas del Proyecto de Ley provocadas por las modificaciones que este realiza sobre el Anteproyecto. Hay que reseñar que estas modificaciones realizadas sobre el Anteproyecto por parte del Proyecto de Ley se limitan a cuestiones puntuales, cuando tanto el Informe del CGPJ como el Dictamen del Consejo de Estado criticaban el espíritu de la totalidad de la reforma planteada por el Anteproyecto, espíritu que el Proyecto de Ley mantiene, con graves deficiencias tanto de carácter técnico como sistemático. Tras el análisis de este crucial punto, se hace necesario continuar con otro no menos importante, lo cual resulta constatable por el hecho de que forma parte de la propia definición legal del límite: el requisito de que la utilización que se haya de hacer de la copia se haya de circunscribir a los contornos del “uso privado”. Puesto que este elemento plantea dudas sustanciales respecto a la extensión real de su ámbito de influencia, la estrategia más adecuada es la de realizar aquí un análisis crítico a estos efectos, y asimismo terminar el punto con una apreciación crítica tanto de la reforma contenida tanto en el Proyecto de Ley como en el Anteproyecto. En cuanto a la potencial utilización colectiva de su copia privada por parte del usuario, parece razonable concluir que esta denegaría “*ex nunc*” a una reproducción que se utilice de tal modo su propio carácter de copia privada, aunque concurren todos los elementos o requisitos que se exijan legalmente de forma o manera simultánea a su realización. Estrechamente relacionado con el elemento anterior se encuentra el del “uso lucrativo”, ya que a pesar de que hablamos de un requisito o elemento del límite de copia privada completamente diferente en cuanto a su contenido con aquel, recurrentemente se ha regulado

legalmente junto a aquel como si fueran elementos germanos, quizá porque comparten (o compartían hasta el Proyecto de Ley de reforma de la LPI aprobado recientemente) la característica de que anulaban la condición de copia privada de una reproducción en la que el usuario/persona física/copista hubiera cumplido con el resto de los requisitos legales del artículo 31.2 de la LPI en el momento de su realización “*ex nunc*” (es decir, que aunque la utilización lucrativa habrá de tener lugar necesariamente tras la realización de la copia, esta deniega el carácter de copia privada a esta desde el momento que se realizó, como si nunca hubiera esta reproducción gozado de tal carácter. Se explica asimismo aquí por qué la reforma operada por el Proyecto de Ley sobre este elemento (e incluso sobre el Anteproyecto de Ley) constituye una sustancial a la par que loable mejora técnica, ya que vendría a corregir algunas de las deficiencias que motivaron en su momento la propia elección de este trabajo: la adulteración del límite de copia privada con el objeto de legalizar de hecho la piratería digital en línea.

Aunque no representan “*stricto sensu*” elementos del límite de copia privada en sí mismo considerados, procede analizar otras figuras jurídicas relevantes como el examen de la “*regla de los tres pasos*” en relación al límite de copia privada en el derecho español, y el denominado “*derecho de acceso*”. La primera cuestión de importancia a dilucidar en nuestro trabajo era si la “*regla de los tres pasos*” (o “límite de límites”) resultaba aplicable directamente por parte de los Tribunales Españoles, o si estaríamos hablando de una norma dirigida solamente al Legislador. La inclusión de la norma en el propio texto de la LPI nos invitaba a pensar en el primer supuesto, aunque en la realidad procesal la regla se olvide sistemáticamente por parte de los miembros del Poder Judicial español. Sin embargo, precisamente debido a la falta de jurisprudencia reseñable, se realiza aquí un análisis basado en la “*regla de los tres pasos*” sobre la validez del límite de copia privada vigente. Por último, se realiza un estudio del denominado por algunos “*derecho de acceso*”, en el que se explica lo que se ha de entender por él y como ha sido tratado doctrinalmente, su regulación comunitaria, y su traslación al derecho español. El que sea esta la última parte sustancial de este trabajo no es casual, puesto que su importancia como método de explotación de las obras de creación crece exponencialmente, y está asimismo transformando a gran velocidad los hábitos de consumo de las obras de creación, por parte de los usuarios. El derecho de acceso resulta completamente incompatible con el límite de copia privada. El proceso intelectual que lleva a defender tal afirmación ocupa gran parte de este último punto.

Finalmente, se exponen las conclusiones finales de la tesis ¹⁴.

5. Fuentes consultadas.

UMBERTO ECO, en su magnífica y utilísima obra “*Como se hace una tesis*”, dedicaba un capítulo a demostrar cómo con el método adecuado, del reducido catálogo de la modesta Biblioteca Pública de la ciudad de 90.000 habitantes Alessandria, en Italia, se podía conseguir extraer una bibliografía preliminar para comenzar el estudio de un tema tan complejo y específico como es el Barroco Italiano del S. XVI ¹⁵. La investigación y redacción de este trabajo, no obstante, se ha desarrollado bajo circunstancias relativamente inhabituales, ya que resido desde hace ya bastantes años en los EE.UU., donde he ejercido de abogado y en estos momentos me dedico a la docencia universitaria en la *Plymouth State University* del Estado de Nueva Hampshire, y el 90% de la investigación y redacción de esta tesis se ha tenido que realizar necesariamente allí, con la dificultad añadida que esto conlleva (dificultad subsanada en gran parte por la infinita paciencia y comprensión de mi Directora de tesis, la Dra. ROSA MARÍA GARCÍA SANZ). Mi labor lectiva no obstante me ha permitido disponer de acceso ilimitado a la imponente base de datos jurídica LEXIS-NEXIS ¹⁶, de donde he conseguido extraer una gran parte de los artículos doctrinales norteamericanos que cito y utilizo a lo largo de mi exposición, además de algunos de los casos aparecen en ella. Los libros que cito y que no he adquirido en propiedad, me han sido prestados por la biblioteca de la

¹⁴ No quiero acabar este punto dedicado a la metodología utilizada en este trabajo sin subrayar que, puesto que se ha debido recurrir en su confección a numerosas fuentes sólo publicadas en otros idiomas, y aunque parezca una obviedad, cuando utilizo en muchas de las notas a pie de página la expresión “Traducción del autor”, lo que quiero decir que la traducción es mía.

¹⁵ ECO, UMBERTO, *Cómo se hace una tesis*, Gedisa, Barcelona, 1993. Págs. 109 y ss.

¹⁶ Esta es una herramienta que no tiene precio, y que ya utilicé como alumno en mi LLM, y en mi tiempo de ejercicio en el Despacho COLEN IP de Nueva York. LEXIS-NEXIS (como la base de datos alternativa WEST-LAW), permite no sólo acceder a un ingente catálogo de casos y *Law Reviews*; sino también utilizar la herramienta *Shepard's*®, que permite conocer si la decisión de un caso ha sido citado, revocado por una instancia superior, o si ha sido mencionado en artículos doctrinales, etc. Tanto LEXIS-NEXIS como WESTLAW son bases de datos privadas (curiosamente, ambas de titularidad europea), y permiten al usuario realizar copias personales de todos los casos y artículos que aparecen en ella (lógicamente, cuando se trata de artículos, el autor es compensado económicamente). En España, hasta donde yo sé no existe una herramienta parecida, con la excepción de vLex, que también nace de la iniciativa privada (concretamente de los hermanos FAUS, v. <http://vlex.es/nosotros/historia>) lo cual casa muy mal con la presunta y proclamada necesidad para los investigadores de la existencia del límite de copia privada. Aunque las bases de datos se hallan expresamente excluidas del límite por imperativo legal, a nadie se le escapará la analogía, puesto que la sola existencia de estas bases de datos, totalmente imprescindibles y de titularidad privada, prueba que el mercado es capaz de realizar a la perfección funciones que se predicen públicas, y que son básicas en un Estado de Derecho. Por supuesto los casos emanados de los tribunales norteamericanos (y españoles) son libremente reproducibles por cualquiera; pero los autores de artículos jurídicos cobran de estas bases de datos cada vez que alguien se descarga su artículo, lo cual no sólo es un incentivo para publicar más, sino para publicar artículos de gran calidad doctrinal (los artículos publicados con desgana, “porque hay que hacerlo”, simplemente ni se descargan, ni se citan por el resto de la doctrina, con lo cual no aparecen en las búsquedas de estas bases de datos).

Plymouth State University, de la *University of New Hampshire, School of Law* (anteriormente *Franklin Pierce Law Center*, donde cursé mi LLM –*Master of Laws*- en propiedad intelectual), o mediante el servicio de préstamo inter-bibliotecario, cuando se trataba de doctrina española. Este mismo servicio es el que he utilizado para acceder a muchos de los extraordinarios artículos sobre el límite de copia privada emanados de la doctrina española, siendo una minoría los que he conseguido directamente de la biblioteca física de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, o de las bibliotecas departamentales. El importantísimo tema de la fundamentación constitucional del límite de copia privada ha sido investigado y escrito en su práctica totalidad en la magnífica biblioteca del Centro de Estudios Constitucionales, localizado en el complejo del Senado en la ciudad de Madrid, en donde se puede acceder al mejor catálogo que conozco de obras sobre Derecho Constitucional español. Otros artículos (fundamentalmente de la Doctrina Europea) los he hallado utilizando buscadores en Red convencionales, fundamentalmente GOOGLE. En estos últimos artículos los autores habían autorizado su comunicación, y mi inclusión de citas relevantes de las obras de estos autores se encuentra autorizada por el límite del artículo 33 de la LPI¹⁷, artículo que asimismo me habilita para reproducir, citando la fuente, diversos artículos aparecidos en medios de comunicación españoles y extranjeros. Los diarios españoles (fundamentalmente el Diario El País, y el Diario El Mundo, que son los que mayor atención prestan a las noticias sobre Derecho de Autor y nuevas tecnologías) han resultado de gran ayuda para explicar la desastrosa situación a la que la piratería ha abocado a la industria de contenidos en España, así como la intrahistoria de la complicada aprobación de algunas normas fallidas destinadas en principio a combatir la piratería; como por ejemplo la célebre “*Ley Sinde-Wert*”. El sistema para recolectar las noticias relevantes ha sido el de leer atentamente los artículos de la sección de tecnología de estos diarios cada día durante los más de dos años que me ha llevado concluir este trabajo.

¹⁷ Artículo 33 de la LPI: “1. Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa.

Cuando se trate de colaboraciones literarias será necesaria, en todo caso, la oportuna autorización del autor.

2. Igualmente, se podrán reproducir, distribuir y comunicar las conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, siempre que esas utilidades se realicen con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad. Esta última condición no será de aplicación a los discursos pronunciados en sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas. En cualquier caso, queda reservado al autor el derecho a publicar en colección tales obras”.

En cuanto a las fuentes directas, he tenido acceso al texto de las normas de derecho positivo aplicables emanadas del poder legislativo español fundamentalmente a través de la magnífica web noticiasjuridicas.com, que asimismo es de titularidad privada ¹⁸. He tenido acceso al Anteproyecto de Reforma de la LPI y la LEC en la web del Ministerio de Cultura, y al Proyecto de Ley de reforma de la LPI y la LEC a través de la misma fuente (así como de la publicación tras su aprobación en consejo de ministros. Los dictámenes del Consejo de Estado y del CJPI se encuentran disponibles en sus respectivas webs, y el video del debate de enmiendas a la totalidad en la web del Congreso. Los informes “Special 301” emanada de la Oficina del Representante de Comercio de los EE.UU) (“*Office of the United States Trade Representative*”) y la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado también se pueden hallar en las respectivas webs oficiales de los Organismos que las generaron. Las normas emanadas de la Unión Europea, así como los dictámenes del Abogado General y las decisiones del TJUE se encuentran en la web oficial europa.eu de la Unión Europea, debidamente traducida de manera oficial al castellano. Asimismo se encuentran en esta web las Leyes de Propiedad Intelectual de cada uno de los Estados Miembros. La legislación positiva sobre copyright de los EE.UU está publicada asimismo en línea por el Gobierno de aquel país. El texto de Las Sentencias de los Tribunales Españoles (en Derecho de Autor normalmente Jueces de lo Mercantil en Primera Instancia, y Audiencias Provinciales en segunda) se publica normalmente en la Red. El artículo 13 de la LPI me habilita a reproducir libremente todas las normas consignadas en este párrafo ¹⁹, puesto que las normas de derecho positivo, las Sentencias, los dictámenes e informes oficiales, así como sus traducciones se encuentran excluidas como obras objeto del Derecho de Autor.

Por tanto (y salvando lógicamente las distancias), así como UMBERTO ECO consiguió obtener una aceptable bibliografía inicial sobre el Barroco Italiano del S. XVI sin salir de la modesta Biblioteca de Alessandria, yo he conseguido realizar un trabajo extenso y comprensivo sobre el límite de copia privada, adquiriendo en propiedad no más de diez libros sobre el tema, y sin realizar

¹⁸ Ver <http://www.networksolutions.com/whois/results.jsp?domain=noticiasjuridicas.com>. (consultado por última vez el 6 de junio de 2014).

¹⁹ Artículo 13 de la LPI: “*No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores*”.

reproducción alguna amparándome en la autorización legal sustitutiva de la de sus titulares de derechos que me hubiera proporcionado el propio límite de copia privada.

CAPÍTULO I: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA PLANTEADO EN ESPAÑA POR EL LÍMITE DE COPIA PRIVADA: ESTADO DE LA CUESTIÓN DOCTRINAL Y FÁCTICA.

A la hora de abordar un tema tan complejo y problemático como es el del límite de copia privada digital, resulta imprescindible acotarlo a través del análisis de las diversas fuerzas motrices que actúan sobre él y que han transformado su propia esencia a lo largo del tiempo. Tras considerar la realidad poliédrica que ha de estudiarse necesariamente si se quiere afrontar un estudio medianamente suficiente del límite, se llega a la conclusión de que se hace necesario delimitar el estudio de la copia privada desde otros puntos de vista que el estrictamente técnico-jurídico (aunque, claro, no se ha de olvidar este, que sigue siendo el predominante en nuestro estudio). Más bien, el resto de los enfoques que se realizan en este trabajo (los de los capítulos I y II) resultan necesarios para comprender en toda su extensión el enfoque técnico-jurídico, que es el que se desarrolla en nuestro Capítulo III. Por ello, El enfoque del tema a través de los parámetros utilizados en los dos primeros capítulos intentará trascender el ámbito de lo estrictamente jurídico, puesto que los estudios estrictamente jurídicos sobre el tema que se alinean aunque sea colateralmente con mi postura, no se encuentran lo suficientemente difundidos por razón de su complejidad técnica; mientras que existe una plétora de “estudios pseudo-jurídicos”, normalmente de cariz “tecnologista”, y que a pesar de su liviandad conceptual han conseguido que cale una cierta idea en el común de la sociedad: que descargarse obras sujetas al Derecho de Autor de manera no autorizada de la Red es un acto lícito por razón del límite de copia privada ²⁰. Así, esta la extensión conceptual de este trabajo cubrirá:

- (a) Las herramientas y posiciones doctrinales desarrolladas con motivo del impacto de la era digital en el Derecho de Autor en general: Nos servirán como punto de partida, como introducción necesaria para realizar una abstracción de la realidad. Aquí se presentarán ciertas herramientas metodológicas y posturas doctrinales que utilizaremos y a las que nos

²⁰ Algunos están escritos con considerable talento: Ver BRAVO BUENO, DAVID, *Copia este libro*, Editorial Dmem, 2005.

referiremos repetidamente a lo largo de nuestro trabajo, y que nos ayudarán a desarrollar nuestra conclusión final.

(b) El contexto fáctico y fáctico-normativo: En este caso de la realidad española en cuanto a la situación del mercado de explotación de obras de creación, y que nos ayudarán a entender la situación de hecho, que en este caso es de conflicto latente. Aquí se intentará dar una visión real de la profunda crisis que atraviesa la industria de contenidos, apoyándome en fuentes principalmente informativas. Se utilizarán datos, artículos periodísticos, y fuentes normativas; pero en este apartado las fuentes normativas serán contextuales al límite de copia privada. Se pretenderá, en suma, dar una visión de la encrucijada a la que ha llegado el Derecho de Autor en nuestro país (dentro de un contexto global), haciendo especial hincapié en la situación límite a que la tolerancia oficial hacia la piratería ha llevado a la industria de contenidos en España.

(c) Los parámetros normativos: Ayudarán a entender de la manera más precisa posible qué sea el límite de copia privada; cuales serían sus fuentes constitucionales, si es que tuviera alguna; de qué derecho es límite; si conviniéramos en que es límite del derecho de reproducción, exactamente de qué tipo de reproducción; el qué son en general los límites a los derechos de explotación; y como se evalúa que un límite a un derecho de explotación no diluya la esencia tal derecho hasta vaciarlo de ella.

Si se hubiera conseguido fijar con cierta claridad estos tres tipos de parámetros, se lograría además que al explicar desde un prisma técnico-jurídico el extremadamente complejo límite de copia privada en sí, el lector tuviera en mente el contexto que afecta a la regulación legal del límite de copia privada y que comprendiera de manera precisa las consecuencias de hecho de la regulación legal del mismo. El límite de copia privada, mucho más que la mayoría de las normas jurídicas, es imposible de comprender mediante un análisis técnico-jurídico realizado estrictamente en el vacío.

1. **Estado de la cuestión doctrinal.**

Resulta de conocimiento general que todas las normas jurídicas materiales-sustantivas (y las englobadas en el Derecho de Autor no son excepción) dotan de fuerza imperativa a ciertas normas morales preexistentes. Los gobiernos al legislar lo que hacen es elegir, sin perder de vista la

realidad, entre diversas opciones o soluciones axiológicas a ciertos problemas reales. La evolución histórica de las sociedades democráticas ha facilitado que se formen diversas escalas de valores que calibran y jerarquizan las distintas situaciones reales proclives a causar un conflicto social (la dialéctica). Además, las distintas soluciones morales a estas situaciones de hecho se agrupan atendiendo a su esencia y forman distintas visiones cosmológicas de la realidad (es decir que se abstraen las reglas generales que gobiernan la realidad para entenderla). De tal diversidad de visiones cosmológicas nacen las ideologías que pretenden transformar la realidad para que sea, se transforme, o (como suele ocurrir, desde una perspectiva posibilista) se parezca lo más posible a un ideal determinado. No obstante, en las sociedades democráticas existen normas inmutables que han de ser respetadas por todos; ciudadanos y poderes públicos: son los derechos fundamentales y libertades públicas que configuran el “*noli me tangere*” de los ordenamientos jurídicos que los poderes públicos han de respetar necesariamente. Durante el transcurso del S. XX, paralelamente a la aparición de la cibernética, ha aparecido la ciberética, que estudia aquella desde el punto de vista de las normas morales; ya que aunque ambos estén irremediabilmente interrelacionados, y por tanto lo que ocurre en uno afecta irremisiblemente al otro; resulta evidente que el mundo real y el mundo virtual tienen características distintas.

El influjo directo de la tecnología en la filosofía, la ciencia política y el derecho no es nueva, ya que desde que Johan Gutenberg inventara la imprenta en el año 1450, el progresivo avance tecnológico en la técnica de reproducción de las obras científicas y de creación se ha convertido en la causa primera de todas las transformaciones, algunas graduales y otras radicales, operadas en la sociedad, en la industria, en la cultura, en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina (pensemos por ejemplo en la revolución francesa). Tal progreso en las técnicas de reproducción ha tenido históricamente un efecto expansivo sobre el acceso potencial a la cultura de los ciudadanos. Con la invención de la imprenta, la cultura abandonó su reclusión monástica y palaciega, para habitar primero entre la burguesía, y posteriormente entre los ciudadanos; y a su vez constituyó una fuerza motriz transformadora de la sociedad que eliminó esta rígida división social del Antiguo Régimen. No me cabe la menor duda de que debemos sustancialmente a Gutenberg el que todos los habitantes de un país democrático como España seamos ciudadanos y no súbditos, y consecuentemente iguales ante la Ley.

Por lo que respecta a los creadores de cultura, es decir, a los autores, el avance en las técnicas de reproducción tuvo el resultado de que abandonaran progresivamente la protección eclesiástica y el mecenazgo para vivir final, directa, y proporcionalmente de la reproducción, distribución, y comunicación de sus obras; esto es de su trabajo. Paralela y paulatinamente se desarrolló a su alrededor una industria editorial ²¹ que resulta de crucial importancia para entender nuestra sociedad y sus procesos políticos; por no hablar de su importancia desde el punto de vista económico. No obstante, la mayor ventaja de que los autores se hallen desvinculados del mecenazgo privado o público, es que estos son capaces de crear con libertad. Además, resulta meridianamente claro que existe un paralelismo innegable entre la creación cultural y el desarrollo económico en cualquier sociedad. En este sentido, la propiedad intelectual es una necesidad pública, tal y como reconoce (no por casualidad) el artículo I, sección 8ª, clausula 8ª de la Constitución americana, que da plenos poderes al Congreso de los EE.UU. para:

“promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando por un tiempo limitado a los autores e inventores los derechos exclusivos a sus respectivos escritos y descubrimientos” ²² .

Por ello, no es casualidad que el tratamiento de los derechos de explotación en el marco del Derecho de Autor; y muy especialmente los actos de reproducción de obras de creación y su derecho correlativo sean de vital importancia para el desarrollo económico y social de un país; de una sociedad. Pasemos analizar a algunos autores que, desde mi punto de vista, nos proporcionarán algunas claves para aprehender exactamente a qué problemas nos enfrentamos.

1.1 **La ciberética.**

Como se puede deducir de lo anteriormente expuesto, creo firmemente que resulta imposible fijar los parámetros doctrinales a través de los cuales analizar el problema legislativo-moral planteado por el límite de copia privada digital sin hablar de la ciberética. El padre de la ciberética fue NORBERT WEINER. WEINER, profesor del *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), junto con otros científicos, desarrolló durante la primera mitad del S. XX un cañón ligero antiaéreo automático capaz de derribar aviones enemigos que volaran a gran velocidad. La complejidad

²¹ Aunque el primer Derecho de Autor era en puridad, un derecho cuya titularidad era de los editores.

²² “*To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”. (Traducción del autor)

tecnológica de este proyecto provocó que WEINER y otros colegas involucrados en el proyecto idearan y desarrollaran un nuevo campo de investigación axiológica que el mismo WEINER bautizó como cibernética ²³. Al constatar las evidentes implicaciones morales de su invención, WEINER en su libro de 1950 “*Uso humano de seres humanos*” ²⁴ sentó las bases de esta nueva rama de la ética.

Desde su punto de vista, la integración de la tecnología de computación en la sociedad crearía en el futuro una “*segunda revolución industrial*” que transformaría radicalmente esta en todos sus ámbitos ²⁵. WEINER asimismo predijo el desarrollo de una red global en la que las máquinas se comunicarían con los humanos así como entre ellas; es decir, auguró el nacimiento y desarrollo de Internet ^{26 27}. Los hallazgos de WEINER se ignoraron injustamente durante décadas, hasta que a mediados de los años setenta WALTER MANER comenzó a utilizar de nuevo la ciencia ciberética, definiendo la ética de las computadoras como un ámbito de estudio que examina “*los problemas éticos agravados, transformados o creados por la tecnología de las computadoras*” ²⁸. Evidentemente, el ámbito del derecho, tan relacionado con la ética, habría de sufrir este impacto; y dentro de este, necesariamente habría de ser la propiedad intelectual, tan relacionada con la innovación, el progreso y la cultura, como con la protección de los derechos de inventores y creadores para asegurar aquel y esta, la que hubiera de somatizar las mayores transformaciones.

Merece mención especial (y casi unánimemente en el campo de la ciberética) el profesor MOOR, que en sobre todo en su influyente artículo de 1985 “*What is Computer Ethics? A Proposed Definition*” (aunque también en su obra posterior) sentó las bases de la moderna ciberética. El lector se preguntará que tiene que ver el profesor MOOR con el tema que nos ocupa, que no es otro que la regulación del límite de copia privada en España. Pues bien, el profesor MOOR, junto

²³ La ciencia de los sistemas de retroalimentación de la información, de la que deriva la informática.

²⁴ WEINER, NORBERT, The Riverside Press (Houghton Mifflin Co.), *The Human Use of Human Beings: Cybernetics and Society*. Houghton Mifflin, Rolling Meadows, Illinois, EE.UU., 1950, segunda edición revisada, Doubleday Anchor, 1954.

²⁵ BYNUM, TERRELL WARD. *Norbert Wiener's Vision: The Impact of “the Automatic Age” on Our Moral Lives*, Southern Connecticut State University. 2005. Pág. 5. (Traducción del autor).

²⁶ WEINER falleció en el año 1964. El gobierno de los EE.UU. desarrolló ARPANET, la red entre computadoras destinada a asegurar la respuesta la defensa del país, en el caso de un hipotético ataque nuclear en 1969.

²⁷ Ídem. Pág. 7.

²⁸ “...ethical problems aggravated, transformed or created by computer technology”. MOOR JAMES H. What is Computer Ethics? A Proposed Definition, *Computers & Ethics*, Blackwell, 1985, Pág 266 – 275. Pág 268. (Traducción del autor)

con el profesor LESSIG, desarrollan conceptos que voy a utilizar a la manera de herramientas dialécticas repetidamente a lo largo de mi análisis.

El profesor MOOR, ya en 1985 señaló un factor muy importante al hablar de la tecnología digital, de la informática, de los ordenadores ²⁹. MOOR explicaba la importancia del factor o elemento de invisibilidad en el funcionamiento de los ordenadores; que relacionaba con el hecho de que normalmente las operaciones realizadas por estos aparatos resultan imperceptibles o invisibles para el ojo humano, puesto que tales operaciones se realizan en otra dimensión: la dimensión cibernética. MOOR distingue entre tres clases de invisibilidad, de las cuales las dos primeras resultan de relevancia para nuestro estudio ³⁰:

- (a) El abuso invisible: que no es otra cosa que la realización intencionada de operaciones invisibles para el ojo humano, utilizando un ordenador, con el objeto de realizar una conducta poco ética. Como ejemplo de cabecera de una conducta poco ética elige MOOR el clásico del programador informático, que dándose cuenta de que podría robar el exceso de interés en un banco (es decir, la fracción de céntimo que se deja fuera a efectos de redondear cuando el interés de una determinada operación se calcula). Esta fracción de céntimo en la suma agregada de todas las operaciones realizadas por una entidad bancaria puede significar una cifra ingente de dinero para un programador con pocos escrúpulos.

Se podría realizar una analogía de este ejemplo con la transmisión no autorizada de obras a través de redes P2P, y en general a cualquier tipo de reproducción ilícita en masa sobre una obra: Son operaciones que, consideradas como actos individuales aislados, no representan una pérdida económica muy significativa frente al conjunto de las operaciones de explotación de su obra ni para los autores, ni para la industria de contenidos, pero su suma agregada pueden significar, y están significando de hecho, si no la total aniquilación, sí la desaparición de gran parte de la industria audiovisual. Pero, ¿es este abuso realmente

²⁹Es decir, de lo que en el mundo anglosajón se conoce por “*computers*”, y en América latina como “computadoras”. Para propósitos de este trabajo utilizaremos la denominación española: “ordenadores”, que derivada de la francesa “*ordonateur*” es la que ha acabado imponiéndose en nuestro país.

³⁰ La tercera clase de invisibilidad identificada por MOOR es la capacidad de los ordenadores de realizar complejos cálculos matemáticos de manera invisible; cálculos tan complejos que pueden escapar a la fiscalización humana.

invisible? Como veremos en su momento, aunque este abuso fue una vez invisible, ya no lo es para los propietarios de derechos de autor en el ámbito de Internet, por cuenta de las llamadas medidas tecnológicas de protección³¹. Como en el ejemplo del programador bancario, tales actos son técnicamente reconducibles a un actor determinado (en este caso, a una dirección IP).

No obstante, tales reproducciones sí que resultan invisibles en el ámbito digital fuera de línea. Esto es porque aunque en principio se pueda controlar e incluso evitar la reproducción digital “*offline*” no autorizada mediante la inclusión de medidas tecnológicas anti-copia en los originales, una vez que tal copia se ha realizado, por ejemplo mediante la elusión de las medidas tecnológicas, resulta difícil localizar su distribución “*a posteriori*”. No obstante, la distribución de copias digitales fuera de línea es porcentualmente una parte ínfima del problema, y además tal distribución, en cuanto implica asimismo la distribución soportes tangibles (por ejemplo, el llamado “top manta”), ya no resulta imperceptible, y se puede reprimir por los métodos policiales tradicionales.

Por otro lado, MOOR señala que se puede considerar como otra modalidad de abuso invisible la invasión de la propiedad y privacidad de los ciudadanos. Existe una preocupación fundada en diversos sectores de la sociedad civil en el sentido de que la era de los ordenadores signifique la muerte de la privacidad. La severa legislación en el ámbito de la Unión Europea sobre protección de datos personales en la Red es prueba de que tal preocupación es compartida por los poderes públicos. Como veremos, el problema del límite de copia privada al derecho de reproducción está intrínsecamente relacionado con el derecho de intimidad de los usuarios. De hecho, el límite nació fundamentalmente por la colisión del derecho de propiedad con el derecho de intimidad tradicional.

Sin embargo, las medidas tecnológicas de protección pueden hoy en día proteger el derecho de propiedad de los autores sin invadir la privacidad de los individuos. En este sentido los distintos legisladores se han mostrado muy cautelosos y respetuosos con el derecho de intimidad, protegiéndolo expresamente frente a las amenazas digitales, y los

³¹ Conocidas como “*Digital Right Management*”, o por su acrónimo DRM.

programadores han conseguido desarrollar códigos informáticos protectores del Derecho de Autor que resultan compatibles tanto con el derecho de propiedad como con el de intimidad. No obstante, hay que señalar que tal y como sucede en el mundo analógico, el derecho de intimidad no equivale a un derecho de impunidad o intangibilidad. En nuestro país se ha querido contraponer el Derecho de Autor al derecho de intimidad de los usuarios; aunque en derecho comparado podemos observar que el derecho de intimidad de los usuarios cuando se encuentran en línea cede ante la tutela judicial de los derechos de autor, tal y como asimismo ha de ceder ante otras infracciones legales, puesto que los ordenamientos jurídicos democráticos disponen de una herramienta que garantiza que el derecho a la intimidad de los ciudadanos no será conculcado de manera arbitraria: la necesaria concurrencia de un órgano judicial para autorizar en un procedimiento sancionador (y esta autorización se podría dar en diversos momentos procesales) una intervención de los poderes públicos en el ámbito de la esfera íntima de los ciudadanos.

Por ello, en el marco de las infracciones del Derecho de Autor en la Red, resulta cada vez más sencillo identificar al infractor o a los infractores. Todas las terminales informáticas disponen de una dirección, que es extremadamente fácil de averiguar: la dirección IP. La dirección IP es el número asignado que identifica a una terminal informática en la Red, y que es necesario para el propio funcionamiento de Internet, puesto que las direcciones IP son las que permiten que los ordenadores se comuniquen e interactúen entre sí ³². Podríamos decir que la dirección IP es un dato público, y es además extremadamente fácil de averiguar por cualquiera con un mínimo de alfabetización informática. Lo que no es público, por razones obvias de privacidad, es la identidad del usuario titular de la terminal que utiliza una determinada dirección IP. De ser esta dirección pública serían asimismo de dominio público todas las actividades que realizáremos mientras estuviéremos conectados a la Red.

³² “Una dirección IP es una etiqueta numérica que identifica, de manera lógica y jerárquica, a una interfaz (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo (habitualmente una computadora) dentro de una red que utilice el protocolo IP (Internet Protocol), que corresponde al nivel de red del protocolo TCP/IP... Esta dirección puede cambiar 2 o 3 veces al día; y a esta forma de asignación de dirección IP se denomina una dirección IP dinámica (normalmente se abrevia como IP dinámica).” Glosario Tecnológico de BHTAVANZA. <http://www.bhtavanza.com/es/informacion/informaciong?task=list&glossid=1&letter=All&page=2>. (Consultado por última vez el 15 de noviembre de 2012).

Es por ello que los titulares de derechos sobre una obra de creación pueden conocer la dirección IP de todos los usuarios a quienes se ha puesto está a disposición, o que han realizado reproducciones digitales no autorizadas de tal obra en Internet. El procedimiento resulta extremadamente sencillo: se escribe una pequeña pieza código de software (una orden, a fin de cuentas) en un archivo que contenga una obra de creación, y este “*llamará a casa*” (utilizando la expresión anglosajona “*call home*”), cuando se haya realizado una copia no autorizada. Así por ejemplo, los productores de la película de SYLVESTER STALLONE “*Los mercenarios*”, conocían exactamente desde qué direcciones IP se había descargado la película usando una red BitTorrent³³, pero no la identidad, los nombres, apellidos, dirección física de quienes se hubieran descargado la película.

Entonces, si el titular de derechos sobre la obra reproducida o comunicada sin su autorización quisiera averiguar la identidad del usuario que hubiere realizado tal acto ilícito por medio de su dirección IP, necesitará indefectiblemente el concurso de quien sí disponga de la información para realizar la conexión entre la dirección IP y el usuario: el proveedor de servicios de Internet; es decir, la operadora (Ej. Telefónica). En EE.UU. esto se hace mediante el procedimiento conocido como una demanda “*Juan Nadie*”³⁴. En esta, los demandantes presentan la petición de medidas preliminares aportando las pruebas de la infracción y la dirección o direcciones IP desde que se ha realizado esta. El Juez evalúa la documentación y las alegaciones presentadas por la parte demandante, y si aprecia mérito en ellas, envía una petición formal al operador de servicio de Internet para que desvele la identidad de los usuarios cuyas terminales hayan estado utilizando esa dirección IP en el momento de la infracción, o para que alternativamente presente a su vez alegaciones. Si la operadora se niega injustificadamente, el juez puede condenar al responsable de la

³³ RIZZUTO, ROBERT, *Copyright group preparing lawsuits against 23,322 BitTorrent users for downloading 'The Expendables'*. Masslive.com, 11 de mayo de 2011. Disponible en http://www.masslive.com/entertainment/index.ssf/2011/05/copyright_group_preparing_laws.html, (consultado por última vez el 14 de noviembre de 2012).

³⁴ Expresión americana que se usa popularmente para designar al grueso de los ciudadanos anónimos, y que es utilizada también por los tribunales cuando la identidad de una persona no se sabe, o se determinará en un momento procesal posterior a la demanda. La expresión original es “*John Doe*” (o “*Jane Doe*”, en femenino), y la traducción, una libertad cinéfila que me tomo, ya que así se tradujo en España en su momento la homónima y maravillosa película de FRANK CAPRA.

operadora por desacato al Tribunal, lo cual en EE.UU. es un delito serio. Una vez conocida la identidad física del demandado se reanuda el proceso normalmente.

En España la obligación de los proveedores de servicios de Internet, o como técnicamente se les denomina *“los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamientos de datos?”*³⁵, no tienen obligación legal de facilitar la identidad de un usuario que se oculte tras una dirección IP a no ser en el *“marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y de la defensa nacional”*³⁶. No obstante, el TJUE ha fallado que las normas comunitarias *“no obligan a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal”*³⁷, *el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil”*³⁸. Sin embargo, en la misma sentencia, el TJUE reconoce que los Estados miembros podrán desarrollar legislación a estos efectos, siempre que se basen *“en una interpretación de éstas [de las Directivas Comunitarias sobre protección de los Derechos de Autor] que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad”*³⁹. Consecuentemente, nada impide que España desarrolle legislación que obligue a las operadoras a facilitar la identidad de los usuarios que desarrollen prácticas lesivas contra los derechos de autor, siempre que se cumplan las debidas garantías procesales. Para ello simplemente habría que reformar la Ley de Procedimiento Civil, y aunque durante el largo proceso que ha resultado en la creación de este trabajo este extremo me resultaba altamente improbable, existen filtraciones que dan a entender que quizá, después de todo, esta reforma se pudiese llegar a realizar.

³⁵ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid (España) el 26 de junio de 2006. Productores de Música de España/Telefónica de España SAU (Asunto C-275/06).

³⁶ Ídem.

³⁷ La reproducción no autorizada de archivos que contenían obras musicales sujetas al Derecho de Autor a través de redes P2P.

³⁸ PROMUSICAE contra TELEFÓNICA. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 29 de enero de 2008.

³⁹ Ídem.

Además, lo que casi con total seguridad ocurrirá es que se llegue a soluciones basadas en una respuesta gradual; pero no por parte del Estado, como sucedía en Francia con la célebre y difunta “*Ley Hadopi*”, sino por las propias operadoras, como está empezando a ocurrir en EE.UU. Los usuarios están unidos a las operadoras por un vínculo contractual, y cuando estos usuarios realizan actividades ilícitas utilizando el servicio del que estas proveen a aquellos, nos podríamos encontrar ante un incumplimiento de contrato por su parte (obviamente, previa explicitación en el instrumento contractual). En este caso, las operadoras se hallarían en principio capacitadas para adoptar técnicas de respuesta gradual; es decir, avisar a los usuarios en primera instancia de que han cometido un acto ilícito a través del servicio, y ralentizar su conexión a Internet en una segunda instancia. Las operadoras podrían así maximizar su capacidad logística, ya que la mayor parte del tráfico de la Red se emplea en compartir archivos de manera ilícita; actividad de la que nadie sale beneficiado, excepto los infractores, puesto que debido a la piratería los usuarios no disponen de una oferta legal, barata y de calidad de contenidos, y además no gozan de la velocidad de conexión de Red de la que debieran, dada la saturación de las redes por cuenta del el intercambio masivo de archivos. Las operadoras liberarían así una gran parte del ancho de banda, que hasta el momento ha resultado en una gran inversión económica por su parte sin que hayan recibido la contraprestación económica debida. Además, el Estado se beneficiaría de la conversión del tráfico ilícito (que no tributa) en lícito (que sí lo haría), amén de que se cumpliría no solo con la letra, sino con el espíritu de las obligaciones de derecho internacional derivadas de la pertenencia de España a la Organización Mundial del Comercio (de aquí en adelante OMC), y a ser parte signataria del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (de aquí en adelante ADPIC); por no hablar de que finalmente se daría una imagen de seriedad y responsabilidad en el exterior, fundamental en estos momentos de recesión económica, y que distaría mucho de la ofrecida durante los últimos años. Obviamente, para que todo esto suceda, ha de quedar meridianamente claro que el intercambio no autorizado de archivos que contengan obras sujetas al Derecho de Autor es ilícito, y que en ningún caso resulta un supuesto autorizado subsidiariamente por el límite de copia privada.

Por último, según la experiencia americana, el escenario descrito en el párrafo anterior, se materializará en el ámbito del derecho privado en el mismo momento en que las operadoras cumplan con su destino artúrico; es decir, cuando decidan entrar de una vez por todas y a fondo en el negocio de puesta a disposición de contenidos. Por supuesto, para que esto se realice haría falta un retoque de la Ley de Propiedad Intelectual en diversos puntos, siendo el más importante una reforma restrictiva ⁴⁰ del límite de copia privada, para que por fin quede claro en el ordenamiento jurídico español que las actividades de reproducción no autorizada a través de la Red son ilícitas.

- (b) La segunda clase de invisibilidad es para MOOR la presencia de valores éticos invisibles en el lenguaje de programación informático ⁴¹. La inclusión de valores jurídicos en la programación resulta más que evidente en las medidas tecnológicas de protección incluidas en las obras fijadas en soporte digital, destinadas a evitar su reproducción no autorizada. Asimismo, las medidas tecnológicas que permitan la realización de una única copia privada en las obras audiovisuales fijadas en soporte digital, o de una única copia de seguridad en un programa de ordenador (medidas anti-copia) reflejan de manera invisible un valor contenido en una norma jurídica. En contraposición, los programadores que han diseñado redes P2P no centralizadas también han atendido a valores jurídicos: han intentado descargar la responsabilidad de las descargas en los usuarios, y acogerse al “*puerto seguro*” ⁴² diseñado para la protección de los proveedores de servicios de la sociedad de la información, y que en España se encuentra positivizado en el Título II, Capítulo II, Sección II de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI). Este régimen se puede resumir (a “*grosso modo*”) en dos puntos: (a) no existe responsabilidad para los prestadores de servicios en la Red (y aquí se incluyen tanto los proveedores de servicios de conexión a Internet, como los prestadores de cualquier otro tipo de servicios en el ámbito de Internet) por los actos ilícitos de sus usuarios de los que no tengan estos prestadores conocimiento efectivo (en España esto se traduce por una notificación por parte de autoridad competente); y (b) corrijan el

⁴⁰ O incluso su eliminación total en el ámbito digital, de no poder el Gobierno en la práctica sacar adelante una restricción no “descafeinada” del límite.

⁴¹ Son los valores que se incluyen en el código según LESSIG.

⁴² “*Safe harbor*”, que también se puede traducir como “refugio seguro”.

acto ilícito (por ejemplo retirando obras de creación que infringen el Derecho de Autor) una vez que tengan conocimiento efectivo de su ilegalidad.

Por lo anteriormente señalado, podemos convenir en que en pocos ámbitos de la realidad se puede apreciar este factor fundamental de la invisibilidad de actos, consecuencias y valores en las configuraciones informáticas que describió MOOR como en el de los derechos de autor. Durante los últimos años las obras de creación se han ido física y conceptualmente separando de manera progresiva pero imparable de los soportes tangibles tradicionales. Asimismo, se ha producido un proceso de deslocalización: de un soporte tangible cada vez más pequeño y reducido, a la intangibilidad total para los usuarios (archivos almacenados en “la nube”; es decir, en un servidor de un proveedor de servicio que podría estar localizado en cualquier lugar del mundo). Si añadimos a este explosivo coctel el ingrediente de las redes P2P, a través de las cuales se pueden transmitir archivos que contengan obras protegidas por el Derecho de Autor entre los usuarios, sin que el titular de este derecho pueda tener en principio un control efectivo sobre tal transmisión (efectivo en el sentido de poder hacer respetar sus derechos de propiedad, de acuerdo con la legislación actual española, entre otras), podemos deducir que la palabra revolución no resulta exagerada para definir los efectos de la era digital y de Internet sobre la propiedad intelectual. Respecto a cómo se pudieren afrontar los nuevos problemas derivados de esta revolución, MOOR ya en 1998⁴³, señalaba que se han tratado tradicionalmente por parte de la doctrina jurídica desde dos posiciones que gozan de amplia aceptación, pero que a mi juicio, no solucionan los problemas planteados en este nuevo escenario:

(a) El primer grupo de posiciones doctrinales son las que el autor encuadra bajo la denominación “*moral rutinaria*”⁴⁴, y de acuerdo con ellas, los problemas éticos en el campo de la informática, en el ámbito virtual, no se han de considerar de manera diferente a los problemas que se plantean en la vida “*real*”, puesto que las mismas soluciones éticas, normativas y legales son aplicables en ambos ámbitos: el real y el virtual. En al ámbito del Derecho de Autor, estas posiciones se corresponderían con las que MIRÓ LLINARES

⁴³ MOOR, JAMES H., *Reason, Responsibility, and Responsibility in Computer Ethics*, Computers & Society, Vol. 28, 1998, Pág 14–21.

⁴⁴ “Routine Ethics”. (Traducción del autor).

denomina como tradicionalistas ⁴⁵ ; es decir, con las que defienden que el Derecho de Autor no habría de sufrir ninguna mutación o transformación, ya que tal como está concebido puede responder perfectamente a los desafíos de la revolución digital. Particularizando sobre el límite de copia privada al derecho de reproducción de los autores, estas soluciones “rutinarias” presupondrían que en realidad nada habría cambiado con el advenimiento de la tecnología digital, y que el límite de copia privada tiene tanto sentido ahora como cuando apareció en Alemania en los años sesenta, como respuesta a una situación determinada: el surgimiento de la posibilidad técnica de realizar grabaciones domésticas analógicas sobre una obra que no fueran autorizadas por sus titulares de derechos, y además a bajo coste. La imposibilidad de los titulares de derechos para licenciar o autorizar individualmente tales reproducciones a los usuarios, y la impracticabilidad de perseguir con intención sancionadora la realización de reproducciones no autorizadas en el ámbito doméstico. La realidad, como veremos, es que las circunstancias que la mejor doctrina identificaba como generadoras de la necesidad de implantar un límite de copia privada en la era analógica, han cambiado radicalmente en la era digital.

(b) El segundo grupo de posiciones doctrinales son las que el autor agrupa bajo la común denominación de “*relativismo cultural*” ⁴⁶ . Estas posiciones tienen en común que defienden que habrán de ser las costumbres y leyes locales las que deben determinar qué resulta correcto o incorrecto desde un punto de vista ético y por ende normativo. El problema que plantean estas posturas es para MOOR que dado que Internet no conoce de fronteras, los problemas globales que provoca son de imposible solución aplicando la moral o la Ley del lugar. En el tema que nos ocupa, GERVAIS piensa que las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor son “*un espacio en gran parte no regulado a nivel internacional*” ⁴⁷ , y que esta circunstancia ha provocado una falta de uniformidad y armonía entre las legislaciones sobre excepciones y limitaciones, tanto a nivel nacional como regional. Por diferentes razones, los legisladores no han tenido en cuenta que

⁴⁵ MIRÓ LLINARES, FERNANDO. «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas*, N°. 2-2007, Marzo 2007. Pág. 25.

⁴⁶ “Cultural Relativism”. (Traducción del autor).

⁴⁷ “...largely unregulated policy space at the international level”. GERVAIS, DANIEL J., *Making Copyright Whole a Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations*, University of Ottawa Law & Technology Journal, 2008. Pág. 4. (Traducción del autor).

paulatinamente la necesidad de un sistema de Derecho de Autor global se ha convertido en perentoria. Aunque existen múltiples tratados internacionales sobre Derecho de Autor que gozan de fuerza normativa para los Estados, ya que al suscribirlos estos pasan a formar parte de su ordenamiento jurídico⁴⁸, estos tratados no regulan de manera específica las limitaciones y excepciones a los derechos de explotación, como es el caso del límite de copia privada, y se deja a los Estados la decisión final de implantar o no un cierto límite o excepción en sus ordenamientos jurídicos. Por ejemplo el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) da libertad para que sus signatarios implanten en sus ordenamientos jurídicos las limitaciones o excepciones a los derechos de explotación incluidos en el Derecho de Autor que crean convenientes, con la condición, eso sí de que estas limitaciones o excepciones superen el examen de “*la regla de los tres pasos*”⁴⁹.

En el caso español existe también una institución supranacional, como es la Unión Europea, cuyas normas sobre Derecho de Autor no pueden ser obviadas sin más por el Legislador español. En el tema de la limitación de copia privada al derecho de reproducción, se deja a los Estados la facultad de su implantación; aunque si estos deciden que este límite pase a formar parte de su ordenamiento jurídico, existe una serie de condiciones que sí resultan de trasposición obligada (ej. la necesidad de que exista una remuneración compensatoria por razón del límite; el que el límite pase el examen de la “*regla de los tres pasos*”, etc.).

Así se explica en gran medida el “*desorden conceptual*” en que nos encontramos, puesto que este relativismo moral explica que la creación goce de una sustancial protección jurídica en países como en EE.UU. y de una minúscula aunque creciente protección en otros países (como por ejemplo en China). Consecuentemente, se pueden inferir dos concepciones completamente distintas del Derecho de Autor, y una jerarquía de intereses a proteger asimismo opuesta.

⁴⁸ Como ocurre en España, país signatario de los principales tratados internacionales sobre Derecho de Autor y derechos conexos.

⁴⁹ Artículo 13 ADPIC: “*Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos*”.

Así, afortunadamente en algunos países el Legislador es consciente de que la protección de los derechos de propiedad de los autores (y de la industria de contenidos) conlleva beneficios no sólo en el orden económico, sino también en el de la promoción de los valores democráticos. Por ello resulta fundamental la promoción de la producción cultural (obviamente para que exista un derecho de acceso a la cultura, debe existir una cultura viva). Nos circunscribiremos a efectos de este trabajo a este ámbito a lo que podríamos denominar “mundo occidental”, “primer mundo”, o “mundo democrático”; puesto que creo firmemente que es este quien tiene la responsabilidad y el deber de servir de faro al resto del mundo en cuanto a la protección y desarrollo de las libertades inherentes al sistema democrático; es decir, de la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y del imperio de la Ley.

Sin embargo, si realizamos un ejercicio de derecho comparado entre España y los EE.UU.⁵⁰, en principio dos países democráticos, veremos que mientras que en Estados Unidos se ha ido paulatinamente asegurando la efectividad ejecutiva de la Ley sobre el Copyright, y existe una jurisprudencia cada vez más efectivamente protectora de los derechos de autor, en España la situación actual es que de hecho los titulares de derechos de autor no pueden hacer nada para controlar las reproducciones, comunicaciones, y puestas a disposición ilícitas de sus obras a través de la Red, puesto que la legislación sobre propiedad intelectual y la interpretación jurisprudencial que han desarrollado los Tribunales españoles lo impide. Mientras la propiedad real goza de la misma sacrosanta consideración en ambos países (o, hasta cierto punto, la propiedad industrial), la propiedad intelectual en España se encuentra escasamente protegida y valorada por los poderes públicos, y es profundamente cuestionada por los ciudadanos.

El resultado práctico de esta situación es que existe una industria floreciente de contenidos legales y de calidad en el ámbito de Internet en EE.UU. de la que puede disfrutar el usuario medio, a un precio razonable, sin colocarse fuera de la Ley. La antítesis de lo anterior es España, en donde la realidad es la triste⁵¹ ausencia de hecho de tal oferta para los

⁵⁰ Ejercicio superficial a estas alturas de mi trabajo; pero en el que, como el lector podrá comprobar, profundizaré a lo largo del mismo.

⁵¹ Casi total cuando comencé este trabajo hace dos años, aunque la situación mejora lentamente. No obstante, con la autoridad que me da residir en EE.UU., puedo asegurar que la distancia entre ambos países en cuanto a la oferta de

consumidores y usuarios, para la potencial audiencia de obras de creación (es decir, para la inmensa mayoría de la sociedad), puesto que ningún actor del mercado se atrevía hasta hace poco a desarrollar el mercado digital legal interactivo en la Red (y los que lo hacen, por propia admisión, operan en pérdidas), consecuencia de que nadie pudo competir con el gratis total (el arcén de esta carretera está repleto de cadáveres).

Sin embargo las webs de enlaces a contenidos ilícitos siguen disfrutando de una época dorada, puesto que (evidentemente) ofrecer contenidos de terceros sobre los que no se disfrutan derechos, y por los que no se tiene que compensar a sus derechohabientes legítimos, abarata infinitamente los costes de funcionamiento de una empresa de distribución o comunicación de tales contenidos, mientras que los ingresos directos en que los usuarios pagan una cuota, o los ingresos indirectos por publicidad pueden resultar extremadamente lucrativos. ¿Sería exagerado afirmar que estas webs de enlaces se asemejan a los “peristas” de objetos robados en el mundo real? Hay quien opinaba que no:

“Llamemos a las cosas por su nombre. Las webs de descargas son la traducción digital del perista o receptor de mercancía robada. Su condición inmaterial no priva al robo ni de su naturaleza, ni de su gravedad. Y los argumentos en contra de su neutralización no solo suponen la condonación de una conducta que en la mayoría de los casos es abiertamente delictiva, sino que también conducen, a medio plazo, a la extinción o al grave deterioro de la creación cultural”⁵²;

Esta situación de evidente expolio de los titulares de derechos de autor, que tiene como consecuencia la extrema dificultad en la construcción de un mercado legal de distribución de contenidos online en nuestro país, coloca a los usuarios casi forzosamente fuera de la Ley. Las consecuencias morales asociadas resultan de todo punto desastrosas. Hemos creado varias generaciones de españoles sin ningún respeto por las normas de propiedad intelectual (que no nos olvidemos, emanan de Estado, y son por tanto tan democráticas

contenido legal, y más importante, en cuanto a las posibilidades de “space-shifting”, y “format shifting” que los titulares de derechos ofrecen a los usuarios sin precio adicional para el usuario, resulta aún sideral.

⁵² WERT, JOSÉ IGNACIO, *Peristas y libertarios*, pieza de opinión publicada en el Diario El País antes de ser nombrado Ministro de Educación, Cultura y Deportes por el Partido Popular, 2 de enero de 2011, Disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/02/opinion/1293922804_850215.html, (consultado por última vez el 10 de diciembre de 2012).

como el resto de las normas del ordenamiento jurídico), y por ende por el derecho de propiedad, por la Ley.

Pero no adelantemos acontecimientos, por el momento quedémonos con que tanto las soluciones a los nuevos problemas planteados por la tecnología digital y su uso en la Red cada vez diferían más entre, por ejemplo, los EE.UU. y algunos países de la Unión Europea; aunque últimamente se atisbe un giro hacia una mayor protección sobre los derechos de autor en Europa, que necesariamente ha de llegar, pese a quien pese.

1.2 **Metodología de la ciberética.**

Volvamos a MOOR. Para este autor el impacto de la informática en la sociedad no se puede entender sin considerar dos características sustanciales de esta: que es característica fundamental de la informática que es “*maleable lógicamente*”⁵³, y además como consecuencia de lo anterior resulta “*enriquecedora informáticamente*”⁵⁴. El software contenido en los ordenadores es “lógicamente maleable” puesto que por razón de su plasticidad se puede utilizar para una infinidad de usos en los más variados ámbitos de la vida: desde para pilotar un avión, hasta para facilitar que los ciudadanos ejerzan su derecho al voto sin desplazarse físicamente al colegio electoral, pasando (por supuesto) por su inmenso potencial para la comunicación y difusión de obras audiovisuales. Es entonces por razón de esta plasticidad inherente a la informática por lo que está al mismo tiempo enriquece y transforma los procesos de la realidad en los que interviene⁵⁵, incluso provocando que algunos de estos procesos resulten progresivamente inimaginables sin aquella. Así, existe una inevitable retroalimentación entre la informática y el proceso real informatizado. Esta, es para MOOR la célebre revolución que ha traído consigo la era informática: el encumbramiento inapelable de la información sobre todas las cosas⁵⁶. Resulta por tanto inevitable que el mismo Derecho de Autor haya resultado a la vez enriquecido y transformado por mor de la informática. Mientras hasta mediados de los años 60 en EE.UU. el copyright sólo protegía las obras percibibles

⁵³ “*Logically Maleable*”. (Traducción del autor).

⁵⁴ “*Informationally Enriching*” (Traducción del autor).

⁵⁵ MOOR pone entre otros ejemplos de este concepto la transformación gradual desde el patrón oro a un sistema basado en transmisiones informáticas sobre transacciones económicas, que desembocará sin duda en una sociedad en que el dinero real y efectivo deje de existir.

⁵⁶ La RAE define informática como “*Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores*”. Diccionario en línea de la RAE. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ende. (Consultado por última vez el 11 de noviembre de 2011).

por seres humanos, hoy en día, tanto los ámbitos de actuación sobre los que opera tanto el copyright como el Derecho de Autor ⁵⁷ se extienden a dialectos informáticos que exclusivamente pueden ser percibidos por máquinas, porque estas a su vez transforman este dialecto informático en un código asimismo perceptible y procesable por los seres humanos.

Por tanto, MOOR describe lo que sea la “*ética informática*” ⁵⁸ a través de su metodología, que transcurre científicamente por dos estadios lógicos: (1) El análisis de la naturaleza e impacto social de la tecnología informática; y (2) la formulación correspondiente de políticas destinadas a realizar un uso ético de tal tecnología. Una primera fase sería, así, empírica (es decir, se basaría en el análisis estricto de la realidad), y la fase posterior consistiría en la formulación de normas éticas y jurídicas que regulasen tal realidad. El problema de la revolución informática es que muy a menudo nos encontramos con realidades que no existían con anterioridad, generadas por la aplicación de la informática a situaciones ya conocidas y reguladas ⁵⁹. En estas situaciones existe lo que MOOR denomina como un “*vacío de política*” ⁶⁰. Por ejemplo, en cuanto al límite de copia privada, es esta una institución jurídica que nace por razón de la imposibilidad de control de una actividad objetivamente ilícita: el nacimiento de la posibilidad de realizar reproducciones analógicas de una obra, no autorizadas por parte de sus titulares de derechos, y realizadas por los usuarios en su ámbito doméstico durante los años 60, y que se permitió a condición de que se articulara una compensación económica correlativa para remunerar a los titulares de derechos por cuenta de tales reproducciones. El modelo de copia privada analógica implicaba un equilibrio de derechos más o menos equitativo, consistente en que los copistas no quedasen fuera de la Ley, y en que los autores recibieran una remuneración razonable que no alterase en demasía su modelo de negocio. Además, existían motivaciones de orden logístico-económico (la imposibilidad de que los titulares de derechos licenciasen todas estas reproducciones privadas individualmente), y de orden de jerarquía legal (la superioridad en términos de jerarquía normativa del derecho a la intimidad y de la inviolabilidad del domicilio). Como apunta muy acertadamente GONZÁLEZ DE ALAÍZA, “*en*

⁵⁷ El artículo 10.1 i) de la LPI, incluye entre las obras derivadas del Derecho de Autor los programas de ordenador.

⁵⁸ “*Computer Ethics*”. (Traducción del autor).

⁵⁹ MOOR ilustra este punto con respecto a la aplicación del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones al ámbito laboral, y más concretamente a la utilización del correo electrónico. El autor pone el ejemplo de la supervisión del correo electrónico de un empleado por su supervisor en el ámbito de la empresa, y se pregunta si esta práctica es legítima. Aquí existe un vacío de política con respecto al secreto de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral.

⁶⁰ “*Policy vacuum*”. (Traducción del autor).

*el entorno analógico la excepción de copia privada es una necesidad, ya que no existe la posibilidad de cumplir una norma jurídica en sentido contrario. Esta imposibilidad de control es tanto fáctica como jurídica, pues pretender superarla implicaría vulnerar el derecho fundamental a la intimidad”*⁶¹.

Todo este relativo equilibrio entra en irremisible crisis con el advenimiento de la copia digital, potenciado esta nueva situación de inestabilidad por el nacimiento de la posibilidad de su transmisión masiva a través de la Red. Pues bien, esta transformación desde un supuesto de hecho regulado por una norma jurídica, a otro con unas características totalmente nuevas para las que tal norma no había sido concebida implica un vacío legal, un vacío de política legislativa. Este vacío se ha intentado regular de muy distintas maneras, con mayor o menor fortuna, por parte del Derecho de Autor.

La suma del nuevo supuesto de hecho engendrado por la informática, y del vacío de política aplicable a este supuesto, resultante de aplicar las viejas normas a la nueva situación, nos da como resultado lo que MOOR denomina un “*desorden conceptual*”⁶² en el seno del ordenamiento jurídico, y que de nuevo se aprecia muy bien en el escenario generado por la copia privada digital. La adaptación de la normativa pensada para la copia analógica al nuevo supuesto de hecho creado por la copia digital genera un desorden conceptual que alcanza a los ciudadanos, a los poderes públicos (que incluye desafortunadamente al llamado “*cuarto poder*”: los medios de comunicación), y hasta en ciertos sectores de la doctrina jurídica. Existe sin duda un sustancial desorden conceptual en cuanto a lo que sea, o se deba entender por límite de copia privada, comenzando por su consideración alternativa como límite en algunas ocasiones, y como derecho en otras; y en cuanto a lo que representa la compensación equitativa correlativa a este límite (el célebre canon), de la que de forma mayoritaria en la opinión pública percibe ha motivo o justifica la realización de descargas ilícitas. Es decir, muchos usuarios perciben que el pago de un canon les otorga el derecho a reproducir sin permiso una obra “*del inmenso almacén que es Internet*”⁶³.

⁶¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 113.

⁶² “*Conceptual muddle*”. (Traducción del autor).

⁶³ Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010 (de aquí en adelante: Sentencia elrincondejesus.com).

Como se puede apreciar, para MOOR, los vacíos de política y los desórdenes conceptuales generados por parte de la introducción paulatina pero inexorable de la informática en todos los aspectos de nuestra vida no se deben afrontar ni a través de soluciones derivadas de la “*moral rutinaria*” (es decir, aplicando las viejas soluciones a las nuevas y diferentes situaciones de hecho), ni mediante soluciones de “*relativismo cultural*” (es decir, aplicando soluciones locales, prescindiendo de los valores universales; la defensa del derecho de propiedad es un buen ejemplo). Lo que habría que hacer es interpretar los valores que subyacen a la norma y adaptarlos a la nueva realidad, tratando de aproximarse lo más posible al espíritu de la misma.

Puesto que resulta indudable que existen valores universales que todo el mundo necesariamente ha de aceptar. Por ejemplo, en mi extensa investigación sobre el tema del límite de copia privada en particular, y sobre los derechos de explotación derivados del Derecho de Autor en general, me he encontrado con posiciones teóricas de todo tipo y tendencia; pero parece existir un punto en que todas las posiciones están de acuerdo, una proposición que nadie niega: Los autores han de ser compensados por su trabajo. Este sería el principio universal, nuestro “*cogito ergo sum*” del que hemos de partir en cuanto a nuestro análisis del límite de copia privada. A partir de este principio primero y universal, es cuando aparecen las divergencias sobre el tema, que corresponden al cuanto, al cuándo, y al cómo.

Existen además en el límite de copia privada diversos valores jurídicos dignos de protección que entran en irremediable conflicto. Siguiendo la metodología de MOOR, cuando exista la necesidad de elegir entre varias políticas que respeten distintos principios universales, se ha de acudir a lo que MOOR llama “*técnicas de resolución*”⁶⁴. De estas, la más importante y efectiva es la de “*la investigación empírica de las consecuencias de hecho de las políticas propuestas*”⁶⁵. Como veremos, una investigación empírica medianamente seria de la situación de los titulares de Derechos de Autor en España nos llevará indefectiblemente a la conclusión de que el sistema actual se encuentra quebrado. Esta afirmación resulta indiscutible, y es la que trataré de demostrar en la parte de este trabajo que, sin resultar estrictamente jurídica, analiza la triste realidad de los autores y titulares de derechos de autor en España.

⁶⁴ “*Resolution Techniques*”. (Traducción del autor).

⁶⁵ “*The empirical investigation of the actual consequences of proposed policies*” (Traducción de autor).

Por último, y como complemento de la técnica anterior, MOOR propone que con el objeto de evaluar acertadamente el valor ético así como la efectividad de la política que se ponga en cuestión, el investigador ha de intentar adoptar una postura imparcial con respecto a las partes afectadas por tal política. En el caso del límite de copia privada digital (como en toda norma jurídica en que estén en liza derechos y obligaciones de diversas partes) resulta relativamente fácil aseverar cuales son las partes afectadas por el mismo: los autores y demás titulares del derecho patrimonial de reproducción, a quienes se limita este derecho sin compensación efectiva suficiente, y los usuarios beneficiarios del límite a este mismo derecho de explotación, a quienes se coloca por la vía del hecho en una situación en que infringir el derecho de propiedad ajeno resulta casi obligatorio para las mentes intelectualmente inquietas o curiosas:

(a) Para los autores y demás titulares de derechos de reproducción el límite de copia privada supone en primer lugar una pérdida de control efectivo sobre cómo y cuándo explotar su obra. Además, en el plano económico supone un indudable lucro cesante para los titulares de derechos sobre la obra que se copie ⁶⁶.

(b) Para los usuarios el límite de copia privada digital en su concepción “justa” tiene la ventaja que pueden realizar reproducciones de una obra sin autorización de los titulares de derechos sobre la misma para usos de “*space shifting*” (por ejemplo, realizar una reproducción autorizada de un CD en iTunes, y posteriormente otra al amparo del límite en un iPod, para conectar este aparato al sistema de sonido de un vehículo), “*time shifting*” (realizar una reproducción digital de un programa de radio matutino de España en “*podcast*” para escucharlo en la mañana americana), o “*format shifting*” (realizar una reproducción en MP4 de un DVD para disfrutarlo posteriormente en un iPad). Ninguno de estos usos se resentiría si se utilizara un concepto canónico de copia privada, o incluso si se eliminara el límite, puesto que en países como EE.UU., donde este existe en su mínima expresión estos usos no sólo se toleran, sino que son la base de los nuevos modelos de negocio del tipo iTunes. Y es que las leyes del mercado y la competencia se bastan para garantizar los usos éticos del límite por la vía del hecho sin el enojoso concurso de legisladores oportunistas. Otra ventaja que el límite ofrece a los usuarios son: la posibilidad

⁶⁶ Y aquí existen divergencias entre la doctrina jurídica sobre la auténtica dimensión de este lucro cesante. No obstante la doctrina seria no niega que este exista, la cuestión pertenece al ámbito de la cantidad. Trataremos en profundidad el interesantísimo punto del lucro cesante al hablar de los fallos de mercado.

de realizar sus propias compilaciones musicales, mediante la reproducción de diversas canciones en un CD o un reproductor de MP3. En este caso lo señalado en el párrafo anterior resulta de plena aplicación. Pero sin embargo, la “ventaja” clave para el beneficiario del límite de copia privada, según se está interpretando en España, es que el usuario puede reproducir y disfrutar de cualquier obra gratuitamente sin autorización del autor, puesto que cuando está realizando una reproducción del “*gran almacén*”⁶⁷ que es Internet, utilizando una red P2P o similar, se dice que está realizando una copia privada. Es decir, todo lo que esté en la Red queda fuera del poder efectivo de los titulares de derechos de autor. El cómo y por qué se ha llegado a esta absurda e inmensamente perniciosa concepción del límite de copia privada, y como se puede desechar esta del ordenamiento jurídico y de la realidad es el tema principal de este trabajo.

Por tanto, existen una pluralidad de actores cuyos diversos intereses entran en conflicto por cuenta de la revolución digital. Es hora de que el Estado español se ocupe de defender lo que queda de la industria de contenidos y de construir un marco legal que apueste decididamente por los derechos de autor, ofreciendo un marco de seguridad jurídica en que se puedan desarrollar los nuevos modelos de negocio. Se ha intentado en numerosas ocasiones poner a las diversas partes en liza de acuerdo; pero contentar a todos, como explica YU, es imposible:

*“Los usuarios esperan acceso gratuito, fácil y sin restricciones a los materiales sujetos al Derecho de Autor. Los editores ambicionan mantener los mercados existentes. Los intérpretes se preocupan de la mala publicidad y de los royalties. Los distribuidores al por mayor quieren proteger el uso de sus camiones, almacenes, y trabajadores. Y los distribuidores al por menor, quieren proteger sus actuales márgenes de beneficio. Incluso si las partes están dispuestas a alcanzar un compromiso, alcanzarlo requeriría un esfuerzo hercúleo, por no mencionar el hecho de que muchas de estas partes dejarían la mesa de negociaciones insatisfechas”*⁶⁸.

⁶⁷ Sentencia elrincondejesus.com. Pág. 6.

⁶⁸ “Consumers expect free, easy and unrestricted access to copyrighted materials. Publishers are eager to maintain their existing markets. Performers are concerned about their exposure and royalties. Distributors want to protect the continued use of their trucks, warehouses, and workers. And retailers seek to maintain their existing profit margins. It is virtually impossible to align all of these goals and interests. Even if parties were willing to compromise, reaching these compromises would require a Herculean effort, not to mention the fact that many of these parties might leave

Por tanto (y desgraciadamente), si se quiere conservar lo poco que queda de la industria cultural española, ha llegado en nuestra opinión la inaplazable hora de las medidas drásticas e impopulares. Como veremos, las ultimísimas reacciones al propuesto modelo restringido del límite de copia privada parecen indicar que la única solución posible es su eliminación ⁶⁹.

1.3 **El control mediante código.**

Existen pocos autores que hayan tenido tanta influencia sobre la totalidad de la doctrina durante los últimos años como el profesor americano LAWRENCE LESSIG ⁷⁰. LESSIG identifica cuatro fuerzas reguladoras de una actividad en el ciberespacio (que no son tan distintas a las fuerzas reguladoras de la vida real): La Ley, las normas sociales, el mercado, y la arquitectura de las cosas ^{71 72}. Para este autor todos estos factores determinan la configuración que se haya de dar a una cosa o a un acto en el ámbito del ciberespacio. Si el lector me lo permite, intentaré transponer la influencia de estas cuatro fuerzas reguladoras al límite de copia privada, y comprobar si resultan o no determinantes en él:

(1) La Ley:

Evidentemente, la Ley define el límite de copia privada desde su origen, ya que como veremos, este no es otra cosa que un límite a un derecho creado por el derecho positivo con la intención de responder a una situación de hecho concreta. También la Ley regula el alcance del límite en la actualidad. Existen muchos países cuya legislación detalla un “*numerus clausus*” de limitaciones legales a los derechos de explotación de los autores. Entre estos países se encuentra España, donde los límites a los derechos patrimoniales se

the negotiation table unsatisfied.” YU, PETER K., *P2P and the Future of Private Copying*, University of Colorado Law Review, 2005. Pág. 738. (Traducción del autor).

⁶⁹ El Dictamen del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Reforma de la LPI que analizaremos posteriormente en este trabajo; puesto que resulta imposible entender mi afirmación sin considerar los numerosísimos matices que el límite de copia privada tiene. .

⁷⁰ A veces perniciosa, ya que LESSIG tiene muchos imitadores, incluso en nuestro país, que intentan duplicar su estilo literario entretenido y didáctico; pero que carecen de las dos o tres ideas cruciales que el profesor americano desarrolla en cada una de sus obras. El resultado suele ser de lo más inane.

⁷¹ LESSIG, LAWRENCE, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Basic Books, Nueva York, 2006. Pág. 123.

⁷² Entendida esta como los accidentes en el sentido aristotélico, siendo el más importante en el tema que nos ocupa el estado de la tecnología. Imaginamos una obra audiovisual en formato digital, una película: su substancia sería la obra en sí misma; mientras que sus accidentes constituirían el soporte en que se ha fijado (digital), el que estuviera o no protegida por medidas tecnológicas de protección, etc. La suma de substancia y accidente determinan la arquitectura de la cosa.

enumeran en el Libro I, Título III, Capítulo II de la LPI, dentro del que se encuentra el límite de copia privada, concretamente en su artículo 31.2. En otros países, como por ejemplo EE.UU., la limitación legal existe de manera considerablemente más restringida

⁷³ .

La Ley configura el límite de copia privada de manera directa e indirecta. Lo conforma de forma indirecta, definiendo y delimitando los derechos patrimoniales de los autores y las consecuencias jurídicas tanto civiles como penales que comporta un uso no autorizado de estos derechos, y particularmente del derecho de reproducción al que limita. También, por supuesto, de manera directa, a través de su propio articulado: mediante la regulación de las instituciones jurídicas derivadas del límite, como por ejemplo la compensación equitativa regulada en el artículo 25 de la LPI, y mediante la exclusión legal de ciertos tipos de obras en que el límite no es de aplicación, como por ejemplo los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas mencionadas en el propio texto del artículo 31.2. Además, algunos tipos de reproducciones asimismo se excluyen legalmente del propio ámbito de aplicación del límite, como por ejemplo las obras a las que se tenga derecho de acceso mediante contrato o licencia de forma interactiva del artículo 161.5 de la LPI, y finalmente la ley fija directamente las normas que construyen un examen diseñado para determinar los actos no subsumibles en el ámbito de aplicación del límite, como por ejemplo, la “*regla de los tres pasos*” contenida en el artículo 40 bis de la mencionada LPI.

Es característica esencial de la Ley que esta aspira a regular y modificar las conductas de los ciudadanos, aunque en el caso de los derechos patrimoniales en general y del derecho de reproducción en particular en nuestro país, y en gran parte por causa de la distorsión practicada sobre el límite de copia privada “tradicional”, tal poder de modificación es mínimo. El problema no radica solamente en la configuración positiva del límite en la LPI, sino también como veremos en su desarrollo reglamentario, así como en los actos emanados de manera directa o indirecta del poder ejecutivo, como por ejemplo la Circular 1/2006 de la Fiscalía general del Estado (que cambió de la noche a la mañana por razones

⁷³ Fundamentalmente se trata por la Ley (es decir la norma positiva emanada del poder legislativo) tanto en el ámbito analógico, como en el ámbito digital de forma limitada.

de oportunidad política una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo sobre la definición y el alcance de la institución del “*ánimo de lucro*” en materia de derechos de autor) y, como consecuencia de lo anterior, en las Sentencias, tanto civiles como penales, emanadas de las Audiencias Provinciales, que reiteradamente utilizan de manera errónea el límite de copia privada para exonerar a los propietarios de redes de enlaces a copias no autorizadas de obras sujetas al Derecho de Autor. Esto se ha hecho sin tomar en consideración la regla interpretativa de los tres pasos, a través de la cual se habría de analizar la aplicación de tal límite de copia privada a un caso concreto, desarrollando un sistema que iba en clara contraposición no sólo con el espíritu de la Directiva de Derechos de Autor en la Sociedad de la Información (en adelante DDASI), sino incluso contra la redacción del propio artículo 31.2 de la Ley de propiedad Intelectual (por ejemplo, y como veremos posteriormente, este artículo prescribe expresamente que una copia privada ha de estar realizada por una “*persona física*”). Es decir: en el fondo, se ha desarrollado un sistema “*contra legem*”.

(2) Las normas sociales:

Además de la Ley existen normas sociales que carecen del poder coercitivo efectivo del que sí goza una norma jurídica, pero que en ocasiones resultan más eficaces si cabe que el derecho positivo en lo que concierne a la regulación de una conducta determinada. Por ejemplo, En EE.UU. los camareros normalmente solamente perciben el salario mínimo, pero no obstante ser camarero puede resultar una profesión extremadamente lucrativa. El motivo es que existe la costumbre (la “norma social”) de que los clientes abonen propinas que varían del 15% al 20% del valor de la consumición dependiendo del lugar en que uno se encuentre. Salvo en contadas excepciones en que este tanto por ciento en concepto de servicio esté incluido en la factura, no existe una obligación legal de dar propina ⁷⁴, y sin embargo todo el mundo lo hace por temor a ser censurado socialmente o incluso reprobado verbalmente en público. Otro ejemplo, En España existe la costumbre de dar un regalo en metálico en las bodas que normalmente corresponde como mínimo al precio estimado del

⁷⁴ Aunque la Ley reconoce esta costumbre, como prueba que las declaraciones sobre la renta en EE.UU. incluyan una casilla destinada a las propinas.

cubierto de cada invitado. Tampoco existe una norma legal que obligue a los invitados a realizar este regalo, y sin embargo casi todo el mundo lo da, puesto que en caso contrario el riesgo es la censura social inmediata, y la desgracia (o la fortuna) de no ser invitado a otra boda.

Son estos dos ejemplos, sacados de la realidad de dos países distintos, del poder regulador de las normas no positivas. En el caso del límite de copia privada, su realización por los usuarios en la era analógica resultaba aceptado socialmente, aunque se tratase de un acto que infringiese el Derecho de Autor. Este fue uno de los motivos de que este límite se instaurara legalmente. Con la llegada de la era digital, y de la complejidad insoportable que han alcanzado las Leyes sobre Derecho de Autor, un concepto erróneo de lo que es la copia privada digital se ha instalado en la mente colectiva de la sociedad española, provocando que no solo esté aceptada socialmente de manera amplia, sino que se haya estimulado que se acepten socialmente conductas manifiestamente ilícitas y que implican la privación de su propiedad intelectual a sus legítimos titulares ⁷⁵. En otras palabras; la condena social sobre la infracción de derechos patrimoniales de propiedad intelectual en España no existe o resulta porcentualmente insignificante. Nadie resulta condenado socialmente por el acto de descargarse ilícitamente obras de la Red; o ni tan siquiera por lucrarse a través de la infracción de los derechos de propiedad intelectual a través del establecimiento de redes P2P de almacenamiento o webs de enlaces ⁷⁶. Si comparamos la condena social resultante de este tipo de ilícitos con otros en que no existe a primera vista una víctima determinada aparente ⁷⁷, como por ejemplo los derivados de la corrupción política, veremos que

⁷⁵ LESSIG, en su obra REMIX, se lamenta asimismo de que el advenimiento de las tecnologías P2P ha provocado que toda una generación infrinja de manera consciente los derechos de propiedad intelectual. LESSIG, LAWRENCE, *Remix*. Penguin Press, Nueva York, 2008. Pág. 16.

⁷⁶ A efectos de este trabajo cuando hablamos de Redes P2P, incluimos las webs de almacenamiento o “Cyberlockers”. Las webs de enlaces son una especie diferente, puesto que a través de ellas no se comparten directamente archivos, sino que redirigen o enlazan a la dirección donde se encuentra el archivo, a la red P2P (por ejemplo a un archivo “bit-torrent” que a través del programa informático “bit-torrent” encuentra y descarga el archivo solicitado entre todos los usuarios conectados a esa Red), o a la web de almacenamiento. No obstante, con el objeto de no repetir de manera monótona “redes P2P, redes de almacenamiento, e indirectamente webs de enlaces” a efectos de este trabajo mencionaremos normalmente sólo las redes P2P. En mi descargo diré que es esta una práctica habitual entre la doctrina y entre las publicaciones oficiales que tratan el tema (por ejemplo, el propio informe “Special 301”).

⁷⁷ O con víctimas invisibles, extrapolando el concepto de MOOR: en un caso algo tan amorfo para el común de los ciudadanos como los derechos de autor, cuya violación no preocupa a los ciudadanos; mientras que en algo que para este mismo común de los ciudadanos (y de los políticos) es meramente un concepto: el dinero público, los ciudadanos se indignan ante los casos de corrupción política.

mientras en el caso de la corrupción política y del tráfico de influencias existe una respuesta social rotunda en el sentido de condenar ciertas conductas y a quienes las desarrollan ⁷⁸, en el caso de la realización de descargas ilícitas la respuesta social es tristemente la indiferencia, cuando no la aprobación, o incluso la incentivación social o “doctrinal”.

STRAHILEVITZ ⁷⁹ piensa que aunque un amplio segmento de la sociedad pueda pensar que el acto de bajarse obras audiovisuales de manera no autorizada de Internet resulta inmoral (aunque, como decimos, no en España), virtualmente nadie en la sociedad cree en estos principios de manera tan arraigada como para censurar socialmente de manera expresa a quienes se descarguen de manera no autorizada obras de creación. La norma social de que habla LESSIG no goza de un poder coercitivo. Los medios de comunicación (que curiosamente, como señala también STRAHILEVITZ ⁸⁰ dependen económicamente de los derechos de autor) tampoco condenan estas actividades ⁸¹. Los únicos sectores beligerantes en la sociedad son para STRAHILEVITZ los usuarios que descargan archivos a través de las redes P2P, y los titulares de derechos de propiedad intelectual ⁸². Al haber un mayor número de los primeros que de los segundos, la aplicación efectiva de la norma social se reduce al mínimo.

(3) El mercado.

Las fuerzas del mercado constituyen una fuerza motriz fundamental en la sociedad sin la que no se puede entender la problemática digital. El paso de la tecnología analógica a la digital ha revolucionado sin duda el mercado sobre las propiedades intangibles, transformando radicalmente las industrias basadas en la creación. Tales industrias se hallaban tradicionalmente asentadas sobre unos canales de distribución establecidos y sin

⁷⁸ Llegando al extremo de que muchos ciudadanos se replanteen el propio modelo de estructura política del Estado. Por ejemplo, la monarquía constitucional.

⁷⁹ STRAHILEVITZ LIOR JACOB, *Charismatic Code, Social Norms, and the Emergence of Cooperation on the File-Swapping Networks*, Virginia Law Review, Vol. 89, 2003. Pág. 544.

⁸⁰ Ídem. Pág. 540.

⁸¹ Si acaso las apoyan porque las leyes coercitivas de esta actividad son tremendamente impopulares, y se utilizan rutinariamente como arma arrojada política, incluso por sectores liberales, en teoría defensores acérrimos de la propiedad privada y la libertad de mercado.

⁸² Además en el caso español, la imagen pública deplorable de algunas Entidades de gestión, como es el caso de la SGAE, ha hecho un flaco favor a la causa de los derechos de autor.

alternativa real, con unos costes de producción y distribución más o menos elevados que se repercutían al cliente, y que han sufrido de manera particularmente intensa la crisis provocada por la nueva realidad, donde los costes marginales de reproducción y distribución de las obras a partir de un punto determinado son prácticamente cero, aunque no los de producción y promoción en que se incurre en el momento inicial de publicación.

Lamentable o afortunadamente, esta realidad está provocando una redefinición total de la industria, que no por casualidad se observa repuntar especialmente en los países en que la legislación sobre Derecho de Autor es más severa contra sus infracciones. Esta redefinición de la industria de contenidos aún no ha concluido; aunque en ella ya se constata que el mercado es capaz de solucionar por sí mismo lo que algunos experimentos de ingeniería legislativa no hacen más que enmarañar. La siguiente cita de LESSIG explica a la perfección el punto de partida de la reforma encubierta y fallida que se ha intentado hacer en España del Derecho de Autor a través de la perversión del límite de copia privada. De hecho, estoy más que convencido de que algún “ideólogo” de la administración leyó y somatizó en algún momento el siguiente párrafo ⁸³ :

“El “problema” con el intercambio de archivos (en la medida en que existe un problema real) desaparecerá progresivamente al mismo tiempo que resulte más fácil el conectarse a Internet. Por tanto es un error colosal de los legisladores actuales tratar de “resolver” este problema tomando como punto de referencia una tecnología que desaparecerá mañana. La pregunta no debería ser como regular Internet para eliminar las descargas ilícitas (la red eliminará ese problema por si misma). La cuestión debería ser como nos aseguramos de que se remunere a los autores durante esta transición en que se utilizan modelos de negocio del siglo XX para tecnologías del siglo XXI” ⁸⁴ .

⁸³ También las normas derivadas de la UE en esta materia tienen un pronunciado ánimo transicional.

⁸⁴ “The “problem” with file sharing— to the extent there is a real problem—is a problem that will increasingly disappear as it becomes easier to connect to the Internet. And thus it is an extraordinary mistake for policy makers today to be “solving” this problem in light of a technology that will be gone tomorrow. The question should not be how to regulate the Internet to eliminate file sharing (the Net will evolve that problem away). The question instead should be how to assure that artists get paid, during this transition between twentieth-century models for doing business and twenty-first-century technologies”. LESSIG, LAWRENCE, *Free Culture: How Big Media Uses*

En el ámbito del límite de copia privada esta transformación del mercado también se ha dejado notar, puesto que una de las justificaciones clave para su existencia se encontraba en que venía a solucionar un fallo de mercado. En palabras de LOPEZ MAZA este fallo de mercado hacía su aparición “*cuando las condiciones del mercado hacen imposible o prohibitivamente costosa la negociación entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y los usuarios potenciales de material protegido, o cuando los titulares de derechos son incapaces en la práctica de imponer sus derechos de forma efectiva contra los usos no autorizados*”⁸⁵. Estas circunstancias han desaparecido progresivamente en el ámbito de la Red, puesto que los titulares de derechos pueden negociar individualmente con los usuarios por medio de licencias o contratos de adhesión, lo que conduce a una optimización de los recursos y a la posibilidad de realizar una discriminación sin precedentes sobre los precios que se cobran al usuario por el acceso a una obra de creación. Para que esto ocurra es condición taxativa que los usos ilegítimos de las obras se puedan impedir o al menos dificultar en una medida que reduzca la piratería a niveles tolerables por el mercado, y la técnica por la que se está por fin avanzando hacia este escenario se compone de una combinación de medidas tecnológicas de protección, Ley contractual y Derecho de Autor (cuya infracción se penalice de manera efectiva y disuasoria). No obstante, resulta cierto que hasta que se produzca la transición total hacia un modelo de acceso en el ámbito digital, existe la obligación de proteger a los autores y a la industria, aunque no parezca adecuado, como ha sucedido en España, el realizar esta labor mediante una transformación encubierta del Derecho de Autor que ha contribuido a su descrédito, y por tanto a su nula fuerza persuasiva entre los ciudadanos. Es decir, a su nulo valor persuasivo como norma social.

No obstante, la realidad del mercado esteriliza el ya de por sí inane debate sobre la “adivinación” del número justo y necesario de copias privadas que hubieran de ser permitidas por la norma legal por considerarse necesarias para que los usuarios

Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity, The Penguin Press, Nueva York, 2004. Pág. 298. (Traducción del autor).

⁸⁵ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009, Pág. 40.

beneficiarios del límite puedan realizar un aprovechamiento efectivo de una obra ⁸⁶. iTunes (y otros servicios en línea similares) permiten la realización de tantas copias para uso personal ⁸⁷ como desee el usuario, sin otra compulsión que la ejercida por las leyes de la competencia, ya que si un servicio permite realizar al usuario los actos necesarios para cubrir sus necesidades, este lo elegirá sobre otro en que esto no ocurre. La propia tendencia del mercado indica que el derecho de propiedad intelectual está mutando a pasos agigantados en un derecho de acceso de los usuarios a la obra, que ya no tendrían que poseerla. En este mundo, ¿Quién se acordará del límite de copia privada? Los que se han aprovechado de él para realizar actos intolerables (pero extremadamente lucrativos) de competencia desleal contra los titulares de derechos de autor.

Por último, la triste realidad macroeconómica, con una crisis económica global, y en la que incluso pilares necesarios del estado de bienestar se ven cuestionados, convierten en imposibles “*de facto*” ⁸⁸ todas las bienintencionadas alternativas al copyright propuestas por diversos autores ⁸⁹, sobre todo las que pretenden convertir a los autores en funcionarios del estado, o en trabajadores (en su inmensa mayoría) magramente retribuidos por un sistema no de justiprecio, sino de caridad.

(4) La propia arquitectura de las cosas.

LESSIG señala que “*Capacidad de regulación es la capacidad ⁹⁰ de un gobierno de regular el comportamiento de sus ciudadanos dentro de sus fronteras. En Internet capacidad de regulación es la capacidad de un gobierno para regular las actividades de sus ciudadanos cuando se encuentran en la Red*” ⁹¹. Continúa este autor señalando que “*para regular bien se necesita saber (1) Quien es el regulado; (2) donde está; y (3) qué es*

⁸⁶ Número mágico no especificado en España, y que se cifra en siete copias en Alemania.

⁸⁷ Ojo, no uso privado. Al menos no uso privado tal y como se especifica en la Ley española.

⁸⁸ Al menos de momento; y no cabe duda que cuando cese la crisis económica la realidad no será muy distinta.

⁸⁹ Repasaremos más adelante el excelente recuento de las opciones planteadas por la doctrina realizado por YU, PETER K., *P2P and the Future of Private Copying*, University of Colorado Law Review, 2005.

⁹⁰ Valga la redundancia, no he encontrado una palabra más adecuada, y “regulabilidad” no existe en castellano.

⁹¹ “*Regulability*” is the capacity of a government to regulate behavior within its proper reach. In the context of the Internet, that means the ability of the government to regulate the behavior of (at least) its citizens while on the Net”. (Traducción del autor). Pág. 23.

*lo que está haciendo. No obstante, de acuerdo con el modo en que Internet fue originalmente diseñada [...] no existe un modo sencillo de saber (1) Quien es el regulado, (2) Donde se encuentra, y (3) Que actividad está realizando...*⁹². LESSIG afirma además que “*Existe una regulación de conductas en Internet y en el ciberespacio; pero tal regulación se impone primigeniamente mediante [su] código. Las diferencias en las regulaciones efectuadas a través del código diferencian diversas partes de Internet y del ciberespacio. En algunos sitios, la vida es bastante libre; en otras, se encuentra más controlada. La diferencia entre estos espacios es simplemente una diferencia entre sus arquitecturas de control; eso es, una diferencia en su código*⁹³”. Y, “*por tanto, el que una parte del ciberespacio (o generalmente de Internet) pueda ser regulada depende de la naturaleza de su código. Su arquitectura afectará el que las conductas puedan ser controladas. Siguiendo a MITCH KAPUR su arquitectura es su política*⁹⁴”.

No disponemos del espacio suficiente, ni este es el lugar adecuado para tratar el interesantísimo tema de la neutralidad en la red, aunque podemos apuntar que en más de una ocasión se ha considerado acabar con ella; es decir, privilegiar técnicamente la comunicación de ciertos contenidos con respecto a otros. Una de las razones de que tal neutralidad esté en el punto de mira de muchos es la descarga masiva de obras audiovisuales a través de la Red, puesto que las Operadoras de servicios de la Red (ej. Telefónica), alegan que estas descargas ocupan una cantidad ingente de tráfico, sin beneficio real para las operadoras ni para el mercado⁹⁵.

Volviendo a LESSIG, este autor identifica dos posibles diseños de redes informáticas: “*En un extremo podríamos localizar a Internet; una red definida por un juego de protocolos*

⁹² “*To regulate well, you need to know (1) who someone is, (2) where they are, and (3) what they’re doing. But because of the way the Internet was originally designed (and more on this below), there was no simple way to know (1) who someone is, (2) where they are, and (3) what they’re doing.*” (Traducción del autor). Pág. 23.

⁹³ “*There is regulation of behavior on the Internet and in cyberspace, but that regulation is imposed primarily through code. The differences in the regulations effected through code distinguish different parts of the Internet and cyberspace. In some places, life is fairly free; in other places, it is more controlled. And the difference between these spaces is simply a difference in the architectures of control—that is, a difference in code.*” (Traducción del autor). Pág. 24.

⁹⁴ “*Some architectures of cyberspace are more regulable than others; some architectures enable better control than others. Therefore, whether a part of cyberspace—or the Internet generally—can be regulated turns on the nature of its code. Its architecture will affect whether behavior can be controlled. To follow MITCH KAPOR, its architecture is its politics.*” (Traducción del autor). Pág. 24.

⁹⁵ V. JIMÉNEZ CANO, ROSA, *¿Quién quiere acabar con la neutralidad en la Red?*, El País, 9 de agosto de 2011.

*que están abiertos y no sujetos a derechos de propiedad y que no requieren una identificación personal para ser accedidos y usados. En el otro extremo se encuentran las tradicionales redes cerradas sujetas a derechos de propiedad, que garantizan el acceso sólo a aquellos que disfruten de una autorización expresa: su control, por tanto, es estrecho. En medio se encuentran las redes que mezclan elementos de ambos. Estas redes mezcladas añaden una capa de control a la de otra manera incontrolada Internet.”*⁹⁶ . En el ámbito de los derechos de autor, esta nueva capa de control mediante código se ejerce mediante las llamadas medidas tecnológicas de protección. En el ámbito de la puesta a disposición interactiva y en línea de contenidos vía “*streaming*”, ciertos contenidos pueden ofrecerse a la totalidad de los usuarios de la Red, y otros contenidos de manera cerrada a los suscriptores de un servicio de pago de comunicación de tal contenido. Es decir, el titular de derechos de explotación tiene control efectivo sobre los derechos que le reconoce la Ley mediante la superposición o no de código a la infraestructura libre de su web. Podríamos decir que si en el celeberrimo sistema operativo WINDOWS para asomarse a un programa hay que acceder a una ventana, el nuevo ámbito de puesta disposición de obras de creación, para acceder a ellas hay que atravesar una puerta.

Continúa explicando LESSIG que la propia arquitectura de Internet exige una identificación de los usuarios para saber a quién se envían los paquetes de información a través de la Red. Esta dirección de los usuarios, como hemos explicado antes, se llama dirección IP, y permite saber quién ha hecho qué en Internet en un momento determinado⁹⁷ . Así la elección del tipo de código que se utilice en la Red tiene dos tipos de consecuencias: fácticas y normativas. Por medio del código primigenio de la Red se puede saber quién ha hecho qué en la Red; mediante el código añadido se puede dotar de fuerza real a los derechos de autor. Por lo tanto las medidas tecnológicas de protección (es decir

⁹⁶ “*At one extreme we might place the Internet—a network defined by a suite of protocols that are open and nonproprietary and that require no personal identification to be accessed and used. At the other extreme are traditional closed, proprietary networks, which grant access only to those with express authorization; control, therefore, is tight. In between are networks that mix elements of both. These mixed networks add a layer of control to the otherwise uncontrolled Internet. They layer elements of control on top.*” (Traducción del autor). Pág. 34.

⁹⁷ Sobre qué sean las direcciones IP, y como pueden servir para identificar a un usuario ver LESSIG, LAWRENCE, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Basic Books, Nueva York, 2006. Pág. 38-60.

el código) que se utilicen para asegurar que los derechos de autor sean respetados condicionan la realidad de la Red.

Y es que LESSIG, al comparar los métodos de protección para la propiedad disponibles en el espacio “real”, con aquellos disponibles en el ciberespacio, llega a la conclusión de que los métodos disponibles no son tan diferentes. Básicamente reduce a dos estas herramientas protectoras: (1) La Ley, disponible para definir un espacio determinado donde podamos excluir a terceros a nuestra voluntad, y que cae con todo su rigor sobre los que atraviesan o perturban ese espacio sin autorización; y (2) las barreras arquitectónicas, que en el mundo real son físicas (una puerta o una valla serían ejemplos obvios), y en el mundo digital son “código”, como por ejemplo las medidas tecnológicas de protección. Para este autor lo ideal es una combinación de ambos métodos ⁹⁸. Claro que, en el ciberespacio la Ley no protege la propiedad intelectual con la misma fuerza ejecutiva que la propiedad real, y además el “código” como barrera arquitectónica es susceptible de ser eludido con bastante mayor facilidad que las barreras protectoras de la propiedad “reales” (es como si el propietario de una casa nunca estuviera en ella).

El problema de la regulación del Derecho de Autor en el mundo digital en general, y del límite de copia privada en particular tiene además un sustrato fáctico previo, del que ha nacido una enconada confrontación doctrinal. El sustrato fáctico, el problema de fondo, por supuesto es económico, y responde a la especial naturaleza de la obra de creación. Aunque evidentemente las obras sujetas a la propiedad intelectual son bienes no consumibles, y por lo tanto no se destruyen por su uso, lo que las diferencia de la propiedad real (con todas las numerosas excepciones destacables). Sin embargo, desde el punto de vista económico (y esto se aprecia con más claridad en un tipo de obras que en otras), sí que se destruye el valor económico de una obra de creación cuando esta ha sido usada o disfrutada por un usuario, aunque sea sólo para esa obra en particular y solamente con respecto a ese particular usuario ⁹⁹. Parece claro que el problema principal es que el usuario quien adquiera una copia en la Red por la vía gratuita de una obra sujeta al Derecho de Autor lógicamente

⁹⁸ LESSIG, LAWRENCE, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Basic Books, Nueva York, 2006. Pág. 169.

⁹⁹ Es un argumento común entre los detractores del copyright el de que los usuarios usan las redes P2P para comprobar si el álbum de música que van a comprar merece la pena o no, y que si lo escuchan y es de su gusto proceden a adquirirlo legalmente, como si no existiera otra manera de testar su adquisición. Personalmente no me consta que nadie haya hecho esto jamás, y tiendo a pensar que esta clase de comprador convive con el demiurgo platónico en el mundo de las ideas.

no habrá de adquirirla posteriormente en el mercado ¹⁰⁰, y de hecho (a pesar de lo que se oye con frecuencia de la boca de ciertos “expertos”) en una inmensa mayoría de casos no lo hará (pregunten ustedes a su alrededor, o fíjense en su propia experiencia).

Así, no me cabe duda que la obra gratuita así se convierte en un bien sustitutivo de la obra que su titular de derechos de autor ha introducido en el mercado, con lo que el usuario disfruta la obra a un coste cero, y el titular de derechos de explotación derivados del Derecho de Autor no recupera la inversión realizada en la puesta en circulación de su obra. Tradicionalmente, esta situación había ocurrido de forma tan marginal que el impacto producido en el mercado era “*de minimis*”. NETANEL señala que hasta la aparición de los medios de reproducción analógicos en masa ¹⁰¹ la Ley ni siquiera se ocupaba de este tema ¹⁰². Incluso después de la aparición de estos medios, la instauración del límite de copia privada cumplió su papel de conservar el equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y el público de manera más que eficiente. Hoy en día sin embargo, en el ámbito digital tal equilibrio se ha quebrado casi por completo, puesto que el límite de copia privada es “*una solución del siglo XX a un problema del siglo XXI*” ¹⁰³.

MARIBETH PETERS, Directora de Registro de Copyright en EE.UU. desde 1993 hasta 2010, ante la pregunta de si se había contemplado la idea de implantar un límite de copia privada sujeto a una compensación equitativa en el ámbito digital para los Estados Unidos, contestó sin dudarlo que “*ni hay ni ha habido ningún plan para implementar una tasa compensatoria para las copias privadas digitales. Existen casos que están cubiertos por el “fair use”, y que no requieren un canon. Existía una base lógica cuando el límite de copia privada se implantó en Alemania, y se empezó a cobrar una tasa. La base lógica es que no disponían del instrumento del “fair use”. En estos momentos, la posición de los EE.UU. es que toda copia privada (no cubierta por el “fair use”) equivale a una copia no vendida. Los EE.UU. piensan que este sistema origina demasiados problemas. Además, me consta que algunos países, como por ejemplo Francia, están reconsiderando su posición con respecto a la copia privada*” ¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Razón por la que se denominan estas reproducciones como “copias de sustitución”.

¹⁰¹ No olvidemos que la copia analógica es inherentemente degradable.

¹⁰² NETANEL, WEINSTOCK NEIL, *Copyright and a Democratic Civil Society*, Yale Law Journal, vol., 106. 1996. Pág. 299.

¹⁰³ LESSIG, LAWRENCE, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press, Nueva York, 2004. Pág. 298. (Traducción del autor).

¹⁰⁴ Notas personales del autor en conversación con la Sra. PETERS.

Además, algunos autores como KU ¹⁰⁵ , han identificado acertadamente el llamado carácter “vírico” de la obra digital, que es el potencial de una simple y sencilla copia de una obra en formato digital para ser reproducida en progresión geométrica, y diseminada posteriormente a través de la Red sin más herramientas que un ordenador y una conexión a Internet. Este carácter “vírico” puede ser atenuado (aunque no exclusivamente) por medio de medidas tecnológicas de protección: en particular utilizando aquellas que impidan o limiten la reproducción de la obra (los dispositivos anti-copia), o aquellas que localicen las reproducciones no autorizadas en la Red (los dispositivos de rastreo).

El problema es precisamente que una sola copia tiene el potencial de acabar con el mercado potencial de una obra (por ejemplo, como señalaba de manera bastante más explícita el director de cine Alex de la Iglesia, una copia de una película de estreno en la Red puede dar al traste con la inversión realizada por el productor de la misma en solamente una semana ¹⁰⁶). Es por lo que me atrevería a decir que este carácter vírico provoca una “*semi-fungibilidad económica de la obra de creación*” ¹⁰⁷ ; puesto que el titular de derechos de explotación sobre una obra pierde por cuenta de su uso no autorizado la mayor parte de los potenciales réditos económicos que le podría reportar su producto. No hay que olvidar que el factor de la novedad en el mercado de las obras de creación es fundamental, y por ello una buena parte del presupuesto de estas obras se destina a tareas de promoción. Si se sabotea la explotación de una obra en el momento inmediatamente posterior a su divulgación, es muy posible que el titular de derechos sobre ella no recupere su inversión (lo cual ocurre muy a menudo en el mercado para las obras de creación, incluso sin el concurso de la competencia desleal). Así, se desactiva el beneficio principal para la sociedad en su conjunto del Derecho de Autor: incentivar la producción de obras de creación ¹⁰⁸ , puesto que si no existe un retorno de la inversión primigenia, lógicamente no se realizarán nuevas inversiones.

¹⁰⁵ KU, RAYMOND SHIH RAY, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, University of Chicago Law Review, Vol. 69, 2002. Pág 267.

¹⁰⁶ <http://elteleoperador.blogspot.com/2010/12/twitteando-con-alex-de-la-iglesia.html> (consultado por última vez el 21 de agosto de 2012).

¹⁰⁷ El atrevimiento de realizar tal denominación, para bien o para mal, es mío.

¹⁰⁸ LESSIG parece estar de acuerdo conmigo en este punto: “*Con la propiedad ordinaria [real], la Ley debe por igual crear un incentivo para producir y proteger el derecho de posesión; con la propiedad intelectual, la Ley necesita sólo crear el incentivo para producir*”.

“*With ordinary property, the law must both create an incentive to produce and protect the right of possession; with intellectual property, the law need only create the incentive to produce*”. LESSIG, LAWRENCE, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Basic Books, Nueva York, 2006. Pág. 183. (Traducción del autor)

Por ello, esta potencialidad en cuanto a que una sola copia no autorizada de una obra se reproduzca de manera exponencial a través de la Red, produciendo un número ilimitado de copias derivadamente no autorizadas, provoca que de hecho el límite de copia privada tal como está regulado, y que se impone a los titulares de derechos de autor por parte del Estado, suponga que todo intento de control del destino económico de una obra por parte de sus propietarios por medio de la inserción de “código” resulte infructuoso; puesto que de acuerdo a la normativa española vigente, y de acuerdo a numerosas sentencias, se pueden ofrecer obras cuyos derechos pertenecen a terceros, sin autorización de estos, bajo la patente de corso en que se ha convertido el límite de copia privada. En otras palabras: en el momento actual el “código” por sí mismo no es instrumento de protección suficiente, ya que una pequeña ruptura en las medidas de seguridad que provoque una sola copia libre de estas, puede en potencia arruinar el mercado para una obra de creación. Esta es la consecuencia principal del carácter “vírico” de la copia digital.

La nueva frontera se halla representada por los servicios de “*streaming*” de todo tipo de obras audiovisuales. Los usuarios ya no son propietarios de una copia de la obra sujeta a derechos de autor, sino licenciarios de un derecho de acceso a la obra. Consecuentemente, si no son propietarios de “su copia”, no son tampoco beneficiarios del límite de copia privada; es decir, no tienen la facultad de realizar una reproducción permanente¹⁰⁹ de las obras que se ofrezcan vía “*streaming*”. Como veremos, tanto la legislación emanada de la UE, como la LPI contemplan este nuevo modelo de negocio, en que el límite de copia privada desaparece por exclusión legal explícita. Este modelo depende íntimamente del “código” para su viabilidad, ya que este permitirá o no a los usuarios acceder al contenido de acuerdo a los términos de la libre relación contractual que se establezca entre licenciante y licenciario. ¿Por qué la UE y derivadamente España han decidido que en este ámbito no exista el límite de copia privada? Evidentemente, para salvaguardar el desarrollo de estos modelos de negocio; es decir, porque saben que son incompatibles con el límite. Entonces, ¿por qué se permite a los titulares de derecho explotar su propiedad como juzgan más conveniente en el ámbito de la explotación interactiva en la Red, y no en el ámbito de la explotación digital no interactiva, si el motivo de que se excluya el primer modelo del límite de

¹⁰⁹ Lo cual es técnicamente posible sin tener unos conocimientos avanzados de informática. Por ejemplo, el reproductor Real Player, uno de los más populares reproductores de contenidos, permite realizar copias permanentes de los videos almacenados en YouTube; y una somera búsqueda en Google le dará al lector una idea de la amplia oferta de software que existe para realizar tareas de conversión de videos colgados en YouTube a MP3 y otros formatos.

copia privada es el mismo por el que se debería excluir el segundo; verbigracia: el carácter “vírico” de la copia digital? Por un irresponsable intento legislativo de contentar a todo el mundo durante el “*interim*” entre la era de la prevalencia de la posesión de la copia y la era en que lo importante sea el acceso a la copia (copia provisional, que no es tal debido a su valor económico). Como es bien sabido, cuando uno intenta contentar a todo el mundo acaba por no contentar a nadie.

1.4 **Una historia de la confrontación entre Derecho de Autor y tecnología.**

Como explica LESSIG, con anterioridad a la Ley de Copyright americana de 1909, en el Derecho de Autor de este país “*un consumidor podía hacer con el contenido protegido por la Ley sobre Copyright todo aquello que deseara, sin que esta Ley sobre Copyright entrara en liza. Esta norma era verdadera casi por definición hasta 1909, puesto que hasta entonces, la ley no regulaba las “copias”. Cualquier uso que el consumidor realizara de contenido protegido por tanto muy raramente desencadenaría los efectos reguladores de la Ley de copyright en cuanto a cualquiera de los derechos exclusivos de los autores* ^{110 111}”.

Sigue explicando el autor americano que la reforma de la legislación operada en el año 1909 resultó casi testimonial, puesto que en realidad la limitada capacidad tecnológica para realizar copias de los usuarios no afectaba al mercado de manera sustancial. Tras una pequeña reforma legal motivada por la aparición de las fotocopadoras, la primera crisis de cierta enjundia surgió con la aparición en el mercado de un nuevo soporte: las cintas de casete regrabables. Tras un intenso debate en el Congreso de los EE.UU. se decidió no prohibirlas, promulgando la *Audio Home Recording Act*, que adoptaba una solución similar a la adoptada poco antes en Alemania: se admitía el límite de copia privada, y correlativamente se establecía una remuneración compensatoria para los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Lo más interesante del análisis de LESSIG se refiere al impacto que la norma legal operó sobre la norma social, puesto que en la conciencia colectiva de los usuarios o consumidores se instaló la firme creencia de que estos podrían hacer lo que les placiere con respecto a las obras sujetas al

¹¹⁰ LESSIG, LAWRENCE, o.c. Pág. 172.

¹¹¹ “...a consumer could do with the copyrighted content that he legally owned anything he wanted to do, without ever triggering the law of copyright. This norm was true almost by definition until 1909, since before then, the law didn’t regulate “copies.” Any use the consumer made of copyrighted content was therefore highly unlikely to trigger any of the exclusive rights of copyright”. (Traducción del autor).

Derecho de Autor puesto que “*dada la tecnología a la que la mayoría de los consumidores tenían acceso, cualquier cosa que quisieran hacer [con la obra] o bien quedaba fuera del ámbito regulador de la Ley sobre Copyright (Ej., revender sus libros a una tienda de libros usados ¹¹²), o si el acto realizado caía dentro del ámbito legal, la Ley se modificaba para protegerlo [el acto] (Ej., la reproducción para uso privado en cintas de casete) ^{113 114}”.*

Esta evolución en las técnicas de reproducción no industriales, como explica la profesora GINSBURG, también ha afectado paralelamente a los titulares de derechos de autor, que han ido perdiendo de manera paulatina el control sobre la explotación de sus obras:

“Hasta la llegada de la fotocopidora, los titulares del copyright controlaban en lo substancial la producción y diseminación de las copias de sus obras de creación, puesto que el público no podía obtener la obra sin adquirir o comprar una copia, o tomar una prestada de una biblioteca o de un amigo. Con anterioridad a la aparición del mercado masivo de equipos de reproducción de audio y video, los titulares de derecho de copia también controlaban el acceso a sus obras hecho públicamente a través de representaciones y transmisiones, porque el público no podía ver o escuchar la obra sin asistir personalmente a una representación en vivo licenciada, o sin verla o escucharla a través de un medio de comunicación también licenciado. Con la llegada de estas tecnologías, la balanza “de facto”, y a menudo también “de iure” se inclinó del lado de los usuarios” ¹¹⁵.

Para el profesor GARON, la aparición de la tecnología digital, y la arquitectura de la primera Internet, no sólo reforzó esta convicción de los usuarios, sino que generó una creciente corriente

¹¹² Acto permitido por la “*First Sale Doctrine*”.

¹¹³ LESSIG, LAWRENCE, o.c. Pág. 173.

¹¹⁴ “Given the technologies most consumers had access to, the stuff they wanted to do either did not trigger copyright (e.g., resell their books to a used bookstore), or if it did, the law was modified to protect it (e.g., cassette tapes)”. (Traducción del autor).

¹¹⁵ “...until the advent of the photocopier, copyright owners substantially controlled the production and dissemination of copies of works of authorship, as the public could not obtain the work without purchasing a copy, or borrowing one from a library or a friend. Before mass market audio and video recording equipment, copyright owners also controlled access to works made publicly available through performances and transmissions, because the public could not see or hear the work without attending a licensed live performance, or viewing or listening to it through licensed media. With the arrival of these technologies, the de facto, and often the de jure, balance substantially shifted to users. GINSBURG, JANE, C., *Copyright and Control over New Technologies of Dissemination*, The Columbia Law Review, vol. 101, 2001. Pág. 1614. (Traducción del autor).

de opinión que saltó casi inmediatamente desde el reducido “club” que formaban algunos de los primeros usuarios de la Red a los medios de comunicación, y de ahí a la sociedad en su práctica totalidad. Esta corriente de opinión consistía que en la firme convicción de que el Derecho de Autor había pasado o debía pasar a mejor vida, puesto que constituiría un conjunto de normas anacrónicas sin fuerza ejecutiva en la vida real (otra vez la “*norma social*”). Esta percepción distorsionada continúa muy viva en muchas sociedades, especialmente en la española donde es opinión casi generalizada; y como explica el profesor GARON, se ha llegado a ella desde un ángulo básicamente intuitivo, instigado por la simple apariencia de las cosas para los usuarios tanto de archivos digitales, como de la Red en sus inicios:

“El propio formato del archivo digital resulta en una amalgamación de ideas, información y de la expresión objeto del Derecho de Autor, puesto que el “archivo digital” se convierte en la unidad metafórica para los tres atributos de la obra. La metáfora del archivo y la capacidad ilimitada de copia se combinan para transformar todas las obras sujetas a Derecho de Autor en bienes públicos. Ausente cualquier innovación tecnológica adicional, los archivos de ordenador en Internet son en esencia [bienes] no consumibles, y virtualmente no exclusivos¹¹⁶. El desarrollo tecnológico e histórico de Internet configuró la percepción de que puesto que la información es libre, “el Derecho de Autor...estaba muerto”¹¹⁷. Tal percepción resultaba coherente con la falta de uso comercial que se estilaba bajo la política de que todo uso [de una obra] era público en la primera Internet. El público cree frecuentemente que Internet anunció el fin de la separación entre la expresión, las ideas, y la información que se encuentran en un archivo de ordenador. El clavo final en el ataúd de los derechos de autor es que el anonimato [de los usuarios] y el alcance internacional de Internet han provocado serias dudas acerca de si las restricciones legales podrían [aún] jugar algún papel relevante en Internet.¹¹⁸”

¹¹⁶ GARON se refiere a que sin medidas tecnológicas adicionales los archivos digitales constituyen bienes sobre los que en la práctica es imposible ejecutar un derecho de propiedad “*erga omnes*”: es decir, que cuando una copia de una obra está en la Red, sin medidas de protección adicionales es de hecho un bien potencialmente público.

¹¹⁷ Aquí GARON cita la primera versión del “Code” de LESSIG, de 1999.

¹¹⁸ “*The format of the digital file results in a conflation of ideas, information, and the copyrighted expression, as the “computer file” becomes the unitary metaphor for all three attributes of the work. The file metaphor and the unlimited copying combine to transform all copyrighted works into public goods. Absent additional technological innovation, computer files on the Internet are purely nonrivalous and virtually nonexclusive. The technological and historical development of the Internet shaped the perception that because information was free, “copyright ... was dead.” This perception was in keeping with the noncommercialization required under the early public use policy adopted for the*

Por tanto, esta percepción errónea entre el público ha generado el problema consistente en que la vigencia de las normas sobre Derecho de Autor se ponen en duda en el ámbito de la Red. No obstante, dependiendo del uso que se haga de las redes P2P o de “*streaming*”, la consideración axiológica del acto en cuestión resultará distinta. Hay actos que se realizan en la Red que son éticamente poco éticos “*per se*”, y otros que resultan perfectamente éticos. En medio de estos extremos además existe una amplia gama de grises. LESSIG agrupa en cuatro categorías los actos de reproducción no autorizada que los usuarios realizan en el entorno de la Red ¹¹⁹ :

1. Los usuarios que acceden a contenido protegido por el Derecho de Autor gratuitamente, bien mediante redes P2P o mediante webs de “*streaming*”, cuando hubieran adquirido o pagado por acceder a este mismo contenido de no haber tenido esa posibilidad. Son los usuarios que se descargan novedades musicales mediante redes P2P, o que se descargan o ven estrenos de cine o de DVD mediante webs de “*streaming*” (utilizando a menudo redes de enlaces). Probablemente no todos los usuarios que utilizan la Red de este modo hubieran pagado por acceder a las obras, pero podemos convenir en que un porcentaje importante si lo hubiera hecho. Esta situación es la que resulta claramente ilícita, económicamente lesiva, y moralmente reprochable, puesto que es la que más daña los intereses de los titulares de derechos de explotación. También es desgraciadamente de largo la más común, aunque coincido con LESSIG en que muchos de los usuarios que acceden a estas novedades de manera ilícita probablemente no hubieran accedido a ellas de haber tenido que pagar un precio por el acceso, existen modelos de explotación en que el usuario no tiene que pagar directamente y que suponen una remuneración para el titular del derecho que también se menoscaban (i.e. la exhibición de una película por un canal de televisión en abierto). Además, estas actividades ilícitas impiden la aparición de nuevos modelos de explotación en la Red en que todos los usuarios puedan acceder a todas las obras de manera lícita.

Internet. People often believe that the Internet heralded the end of the separation between the expression and the ideas and information embodied in the computer file. To put the final nail in copyright's coffin, the anonymity and international scope of the Internet has raised questions about whether legal constraints can serve any meaningful role on the Internet”. GARON, JON, Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics, Cornell Law Review, vol. 88, 2003. Pág. 1336. (Traducción del autor)

¹¹⁹ LESSIG, LAWRENCE, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press, Nueva York, 2004. Pág. 68 y ss.

2. Los usuarios que accedan a contenido protegido mediante derechos de autor mediante redes P2P o webs de “*streaming*” para comprobar si el contenido merece la pena antes de adquirirlo legalmente. Obviamente esta situación se daría básicamente en cuanto a las obras musicales ¹²⁰, puesto que las audiovisuales o literarias son normalmente obras de un solo uso (sólo se ven o leen normalmente sólo una vez). Los usuarios que utilizan las redes P2P con esta finalidad representan un porcentaje ínfimo, aun siendo generoso. Todavía está por conocer al usuario que se descargue un disco de una red P2P ¹²¹ (a no ser que sea un fanático patológico de una banda), le guste, lo borre, y adquiera posteriormente una copia legal desde iTunes. Además, los usuarios gozan en el año 2014 de la posibilidad de comprobar la calidad artística de las obras por sistemas que no implican una reproducción permanente de las mismas, sino un acceso puntual mediante “*streaming*” (ej. mediante YOUTUBE), que para estos usos sustituye a las antiguas radio-fórmulas.

3. Los usuarios que acceden a contenido protegido por derechos de autor, aunque descatalogado, o a contenido por el que no hubieran pagado ya que su coste fuera de la Red resulta muy elevado. Son obras a las que resultaba difícil de acceder antes de la era digital, ya que no se comercializaban. La única manera de acceder a ellas era a través de tiendas de discos o películas usadas, y en estas situaciones se transmite el soporte físico, con lo que los derechos patrimoniales del autor sobre esa copia se agotan, con lo que el autor no recibía ningún beneficio económico. El acceso a estas obras es posible de manera lícita mediante los nuevos modelos de negocio apuntados más arriba. Si hay algo positivo (que lo hay) en toda la transformación digital, la aparición de las redes P2P, y la consiguiente transformación de la industria de contenidos, es que muchas de estas obras perdidas se han conseguido recuperar para el acervo cultural común. Los propietarios de contenidos, y los operadores de la Red se han esforzado por ofrecer una alternativa legal a las redes P2P, y estas obras se están recuperando paulatinamente, y están siendo ofrecidas

¹²⁰ Sería una especie de cabina virtual, como las que existían en las antiguas tiendas de discos.

¹²¹ Que será de idéntica calidad al original, pues recordemos que estas copias no son degradables.

de manera lícita cada vez con mayor habitualidad. Lógicamente, si todos los recursos económicos que se están destruyendo mediante la utilización ilícita de la propiedad intelectual se reintegraran al mercado, el Estado podría aprobar legislación destinada a facilitar, incentivar tributariamente, o incluso compeler (como se ha hecho con las televisiones y el cine español) para que la industria cree un fondo dedicado a asegurar la recuperación y el acceso a esas obras perdidas. Aquí es donde debe intervenir el Estado: donde no llega el mercado.

4. Los usuarios que acceden a contenido que se encuentra en el dominio público, y sobre el que por tanto los autores ya no disfrutaban de derechos patrimoniales o de explotación ¹²². Esta situación es lícita, beneficiosa para la sociedad, y conforme con el espíritu del Derecho de Autor ¹²³.

Para LESSIG, la situación número cuatro resulta claramente lícita; mientras que la situación número uno manifiestamente ilícita, además de ciertamente lesiva para los titulares de derechos. La situación número dos (si existiera en la realidad) resultaría ilícita, aunque palpablemente beneficiosa para los titulares de derechos. Mientras que la situación número tres sería ilícita, aunque beneficiosa para la sociedad, y sin demasiado impacto económico negativo para el titular de derechos. Por tanto LESSIG, al contrario de lo que dan a entender muchos autores que le citan constantemente, considera que reproducir obras de manera no autorizada, para defraudar a los titulares de derechos de autor es un acto poco ético y francamente reprobable.

Continúa LESSIG su razonamiento explicando que por mor del preexistente estado de las cosas, los derechos de autor y los derechos de los consumidores o usuarios se encontraban con anterioridad a la revolución digital de hecho en dos compartimentos estancos, en que aquellos no afectaban de ningún modo a estos. Esto es porque en el mundo anterior a Internet los usos lícitos que se realizasen de una obra se podían clasificar en tres categorías: (1) Usos no regulados de la obra (leer un libro después de adquirirlo), que quedaban fuera del ámbito del Derecho de Autor; (2) usos regulados de la obra (publicar un libro, revender la copia física de un libro por parte de un usuario:

¹²² Aunque si morales.

¹²³ Teniendo en consideración los artículos 11 y 12 de la LPI sobre obras derivadas, colecciones y bases de datos, claro está.

acto regulado por la “*first sale doctrine*” ¹²⁴); (3) y usos regulados de la obra, que resultaban lícitos al considerarse “*fair use*” ¹²⁵ en EE.UU. y que quedaban cubiertos por un límite o excepción a los derechos patrimoniales en España (por ejemplo, la parodia, para el derecho de reproducción, o la excepción de las bibliotecas para el derecho de distribución) ¹²⁶. Los usos de la categoría uno, que eran los más intrínsecamente ligados a la vida diaria de los ciudadanos, quedaban fuera de la zona de protección jurídica del Derecho de Autor. Los usos de la categoría dos eran los que tradicionalmente vivían en el territorio del Derecho de Autor, pero que no afectaban directamente a los actos habituales de uso y disfrute de la inmensa mayoría de los ciudadanos, que se limitaban a adquirir los soportes tangibles que contenían obras de creación de manera análoga a otros bienes en el mercado, y que pagaban una entrada para una exhibición pública de una obra del mismo modo que para asistir a otros espectáculos (Ej. el fútbol y otros deportes). La tercera categoría resultaba totalmente ajena al común de los ciudadanos o usuarios.

Puesto que en la era digital todo uso realizado de una obra implica necesariamente su reproducción o copia, los usos de la categoría uno, que no estaban regulados en el mundo físico, pasan a estar regulados, y sólo se realizarán de manera ilícita en contra de la voluntad o sin la autorización del titular de derechos, a no ser que estén permitidos por una limitación o excepción legal al derecho de explotación correspondiente. Así, el “*fair use*” en EE.UU., y las limitaciones o excepciones al Derecho de Autor en España, pasan a tener una importancia capital en el ámbito del Derecho de Autor en el ámbito de la Red ¹²⁷. No es de extrañar entonces que estemos asistiendo a la confrontación de dos tendencias opuestas: una percepción creciente de los ciudadanos en el sentido de que el Derecho de Autor no regula sus actos, y una expansión de hecho del ámbito de actuación del Derecho de Autor. Esta contraposición tesis/antítesis resulta en la crisis digital o guerra del

¹²⁴ Que no es en puridad una excepción, sino que al adquirir el usuario la obra en un soporte tangible en la era analógica, tenía obviamente derecho a revender tal soporte, siendo la distribución de la obra en este caso incidental. El usuario, perdía la posesión de la obra al vender el soporte, lo que no sucede si realiza una copia digital de un e-book, y la vende, ya que en este caso conserva la posesión de la obra.

¹²⁵ LESSIG define “*fair use*” como “...usos que por sí mismos implican realizar una copia, pero que la Ley no regula, puesto que razones de orden público demandan que continúen sin regular”. “...uses that by themselves involve copying, but which the law treats as unregulated because public policy demands that they remain unregulated”. (Traducción del autor).

¹²⁶ LESSIG, LAWRENCE, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press, Nueva York, 2004. Pág. 142.

¹²⁷ Ídem.

copyright, que afecta de manera principal a la industria de contenidos fundamentalmente por cuenta de cinco motivos:

1. Un primer motivo tecnológico, fáctico o de arquitectura: la posibilidad de realizar copias digitales perfectas y no degradables, a diferencia de lo que sucedía en el ámbito analógico.
2. Un segundo motivo también tecnológico, fáctico o de arquitectura: la tecnología digital habilitaba a los usuarios en el ámbito de la Red para distribuir contenido de manera libre, rápida, sencilla y anónima. Por ello, se generó un aumento en progresión geométrica del número de copias disponibles de las obras sujetas al Derecho de Autor en la Red. Copias que cualquiera que dispusiera de un ordenador y una conexión a Internet podría asimismo reproducir con relativa facilidad y sin que fuera necesario más que un mínimo de alfabetización informática. Es decir, la inmensa mayoría de los ciudadanos son potenciales copistas ilícitos en la Red.
3. Un tercer motivo relativo a las normas sociales: puesto que los usuarios, que por mor de la exclusión legal antes aducida habrían somatizado que podrían disponer lícitamente de sus copias tangibles de obras de creación (prestarlas, regalarlas, venderlas); comenzaron a utilizar la nueva tecnología para poner a disposición de otros usuarios este contenido, en formato digital intangible, a través de la Red ¹²⁸ ;
4. El cuarto motivo pertenece a la esfera legal. Dado que la infraestructura tecnológica originaria de la Red estaba diseñada de tal manera que era de hecho imposible saber qué contenido estaba siendo transmitido a quién, resultaba impracticable desde un punto de vista legal impedir la libre puesta a disposición de tal contenido cuando este estuviera sujeto al Derecho de Autor.
5. Finalmente, desde un punto de vista de mercado, el nuevo modelo de negocio (lícito) implica una transformación traumática para algunos sectores de la industria

¹²⁸ Para LESSIG este fenómeno se intensificó con la aparición de NAPSTER, pero ya existía con anterioridad a su advenimiento.

de contenidos; sobre todo para los de manufacturación, distribución y exhibición tradicionales, gran parte de cuya capacidad operativa ya no es necesaria.

Y es que a nadie se le escapa que la razón que ha provocado que el Derecho de Autor se encuentre en el mismo corazón del debate público, es que este mismo Derecho de Autor es el que regula el derecho de reproducción; es decir, el derecho de realizar copias por parte de los usuarios. Además, la característica más significativa y relevante de los soportes digitales es que, a diferencia de lo que sucedía con los soportes analógicos, las copias realizadas son perfectas en cuanto a su calidad. Un soporte digital se compone meramente de datos, de un código binario que a menudo es de gran complejidad y longitud (en definitiva, de ceros y unos). La tecnología digital emplea una serie de algoritmos de gran artificio para verificar que la cadena de ceros y unos que conforma una copia digital se ha reproducido correctamente. El resultado: una copia idéntica a la “copia patrón” original.

LESSIG elabora en este punto:

“La tecnología digital, en su núcleo, realiza copias. Las copias representan para la tecnología digital lo mismo que respirar para la vida física. No existe ningún modo de usar cualquier clase de contenido en un contexto digital sin que tal uso produzca una copia. Cuando se lee un libro almacenado en un ordenador, se hace una copia (al menos en la memoria RAM para pasar las páginas del libro). Cuando se hace cualquier cosa en un contexto digital, se produce una copia [...] Mientras en el mundo analógico, la vida era “sans” [en francés en el original] Derecho de Autor; en el mundo digital la vida se encuentra sometida al Derecho de Autor. Cualquier acto que se realice desencadena los efectos del Derecho de Autor. Cualquier uso que se haga o se encuentra sujeto a una licencia, o es ilegal, a no ser que se considere “fair use”¹²⁹. Por tanto la emergencia de las tecnologías digitales ha incrementado radicalmente el dominio del Derecho de Autor. De regular una pequeña fracción de la vida humana, a regular [hasta] la más pequeña parte de vida en un ordenador”¹³⁰.

¹²⁹ Que esté cubierto por una excepción o limitación legal en nuestro sistema jurídico.

¹³⁰ “Digital technology, at its core, makes copies. Copies are to digital life as breathing is to our physical life. There is no way to use any content in a digital context without that use producing a copy. When you read a book stored on your computer, you make a copy (at least in the RAM memory to page through the book). When you do anything with

Por tanto, se plantea un problema obvio; aunque de difícilísima resolución. La propiedad intelectual es una de las ramas más complejas del derecho y, sin embargo, ha pasado a regular la actividad diaria del grueso de la población. Por mi propia experiencia, y por las múltiples conversaciones que he mantenido con mis colegas tanto en el ámbito de la abogacía profesional, como en el de la docencia jurídica, me consta que incluso alguien con bastantes años de experiencia, y con un armazón teórico sólido en materia de la ciencia jurídica, a menudo no podrá deducir soluciones jurídicas a los problemas planteados en esta materia de manera automática. Sin embargo, una materia jurídica tan compleja como el Derecho de Autor se encuentra en el centro del debate público; aunque lo normal es que sus conceptos se comprendan y se utilicen de manera errónea. Explica este punto YU en el siguiente párrafo:

“Hoy, el público adolece de muchas ideas equivocadas en materia de Derecho de Autor. Considérese por ejemplo el tratamiento que se hace de la música sujeta al Derecho de Autor. Algunos usuarios de Internet creen que pueden descargarse y escuchar una canción sujeta a este derecho sin violarlo, si lo escuchan para ver si les gusta y lo borran en menos de veinticuatro horas; algunos mantienen que es legal subir canciones sujetas al Derecho de Autor en una Web que se encuentre fuera de los EE.UU., porque las leyes sobre copyright americanas no tiene efecto en el extranjero; otros asumen que las canciones disponibles en redes P2P, o en la Red en general se encuentran en el dominio público y por tanto es legítimo que otros se las descarguen o las copien; otros creen que los artistas y titulares de derechos de autor no reciben “royalties” cuando sus canciones se retransmiten por la radio; algunos reivindican que el Derecho de Autor les protege cuando realizan copias de un álbum, las mezclan y las cuelgan en la Red. Y, lo más interesante de todo, existe una actitud mayoritaria en el sentido de que es correcto, o incluso legítimo, intercambiar música sujeta al Derecho de Autor, puesto que la industria musical ha estado

digital content, you technically produce a copy [...] While in the analog world, life was sans copyright law; in the digital world, life is subject to copyright law. Every single act triggers the law of copyright. Every single use is either subject to a license or illegal, unless deemed to be “fair use.” The emergence of digital technologies has thus radically increased the domain of copyright law—from regulating a tiny portion of human life, to regulating absolutely every bit of life on a computer.” LESSIG, LAWRENCE, Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity, The Penguin Press, Nueva York, 2004. Pág. 192-93. (Traducción del autor).

comercializando música infame durante años con el objeto de estafar a los consumidores”

131 .

Por ello, no resulta ni mucho menos sorprendente que las facultades que otorga a los usuarios el límite de copia privada no se entiendan o se distorsionen, máxime cuando los propios poderes públicos han desvirtuado este límite con el objeto de alcanzar sus objetivos políticos. Además aunque los poderes públicos hayan intentado lanzar una serie de campañas educativas para educar a los ciudadanos sobre el respeto a las normas de propiedad intelectual en la Red, es demasiado tarde para que al menos dos generaciones recobren el respeto a la propiedad intelectual con medidas simplemente educacionales ¹³² . GARON pone de manifiesto una idea que ya empezaba a aflorar a principios de la pasada década ¹³³ , y que ahora resulta más que evidente: la de que los intentos de educar al público sobre el respeto a la propiedad intelectual han resultado claramente infructuosos:

“La educación, aunque valiosa, hace poco con respecto a los que conscientemente hacen caso omiso de los derechos de autor, particularmente la indiferencia hacia estos que se alimenta por una tecnología que hace que las actividades infractoras resulten tan fáciles e indoloras de acometer que no dejen huella en la conciencia”

¹³¹ “Today, the public still has many misconceptions about copyright law. Consider the treatment of copyrighted music, for example. Some Internet users believe they can download and listen to a copyrighted song without violating its copyright if they sample it and keep it for less than twenty-four hours. Some maintain that it is legal to post copyrighted songs for downloading on a foreign Web site because U.S. copyright laws do not extend to countries abroad. Some assume that all the songs posted on the Internet and P2P networks are in the public domain and thus free for others to download or copy. Some believe that artists and copyright holders do not receive any royalties when radio plays their music. Some claim that they attain a measure of protection by ripping, mixing, and burning songs and posting them online. Most interesting of all, there is a prevailing attitude that it is alright, or even legitimate, to trade copyrighted music because the recording industry has been making bad music for years to rip customers off”. YU, PETER K., *P2P and the Future of Private Copying*, University of Colorado Law Review, 2005. Pág. 759. (Traducción del autor).

¹³² Y el mismísimo LESSIG está de acuerdo con que por causa de la apropiación no autorizada de obras de creación en la Red, toda una generación de jóvenes se hay criado en el más absoluto desprecio a la Ley. LESSIG, LAWRENCE, *Remix*. Penguin Press, Nueva York, 2008. Prefacio. Pág. xvii.

¹³³ GARON cita a SHELDON W. HALPERN, *The Digital Threat to the Normative Rule of Copyright Law*, Ohio State Law Journal, Vol. 62, (2001): (“Education, however valuable, does little with respect to conscious disregard of or disrespect for the law, particularly the disregard that is fostered by a technology that makes infringing activity so easy and painless as to leave no mark on the conscience.”). Referenciado en GARON, JON, *Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics*, Cornell Law Review, vol. 88, 2003. Pág. 1347.(Traducción del autor).

Así en España, los poderes públicos, la Fiscalía General del Estado, los políticos de todos los partidos, la judicatura, las sociedades de gestión, los medios de comunicación ¹³⁴; todos han contribuido de forma bien culposa o dolosa a que se llegue a una situación que es insostenible, y en la que se necesiten medidas legales contundentes para restablecer el orden público.

Estas medidas para ser eficaces, deberían quedar fuera del ámbito penal, y quedar circunscritas al civil. La reciente Ley antitabaco ¹³⁵ nos demuestra que una medida, por muy impopular y “*contra mores*” que resulte, se cumple bajo la amenaza de sanciones económicas adecuadas. Posteriormente, la sociedad se da cuenta de los beneficios de la legislación, y entra a formar parte de la “*norma social*” comúnmente aceptada. La experiencia en EE.UU. nos indica que una vez que se crea un marco de seguridad jurídica para los titulares de derechos la oferta legal de contenidos se multiplica y se abarata como consecuencia de las leyes del mercado. Aunque para GARON (y para mi) la educación a los usuarios (y a los poderes públicos y fácticos) sobre el verdadero alcance y contenido de la propiedad intelectual resulta sin duda crucial, ya hace tiempo que la experiencia nos ha demostrado que una estrategia basada solamente en tratar de educar a los ciudadanos españoles en el respeto a la propiedad intelectual en la Red a través de campañas publicitarias resulta enteramente estéril ¹³⁶.

La educación a mi juicio ha de hacerse desde arriba y mediante la Ley. Además, “*mientras las mismas normas [sobre derechos de autor] sean tan poco claras y ambiguas, no se puede esperar que ninguna campaña educativa tenga éxito*” ¹³⁷. Esto no significa que haya que recurrir al derecho penal para corregir las costumbres de los usuarios. La tendencia en EE.UU. es utilizar el derecho penal para casos muy graves, y el derecho civil y el derecho administrativo para infringir sanciones económicas a quienes se lucran de la reproducción y puesta a disposición no autorizada de obras en la Red (fuertes sanciones económicas, como no podría ser de otra manera). Además se

¹³⁴ Hace sólo unos días escuché con la boca abierta a un experto en economía, de cariz netamente liberal afirmar que la propiedad intelectual no es propiedad. El mencionado experto, que se llama JUAN RAMÓN RALLO, llegó a afirmar que la propiedad intelectual impide a otros hacer uso de las ideas del autor (no de la expresión, no: de las ideas). Si no se me cree (yo no me creería) esta opinión está disponible en <http://esradio.libertaddigital.com/fonoteca/2014-02-14/economia-reforma-la-ley-de-propiedad-intelectual-69998.html>, (Consultado por última vez el 21 de febrero de 2014).

¹³⁵ Ley 42/2010, de 30 de diciembre de 2010.

¹³⁶ No han ayudado “slogans” del tipo “ahora le Ley actúa”; cuando en realidad la ley no actuaba.

¹³⁷ “*So long as the rules themselves are unclear and ambiguous, then no educational campaign can be expected to succeed*”. GARON, JON, *Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics*, Cornell Law Review, vol. 88, 2003. Pág. 1356. (Traducción del autor).

está estudiando implantar los llamados métodos de “respuesta gradual” para corregir conductas ilícitas en la Red, esta presión gradual sobre los usuarios especialmente irrespetuosos con la propiedad intelectual (puesto que la mayoría de los ciudadanos son naturalmente respetuosos con una Ley, una vez que conocen que esta está en vigor y se aplica por los poderes públicos), está presión gradual, repito, sería ejercida por los proveedores de servicios de conexión a Internet, y combinaría medidas (sí) educativas, con medidas ejecutivas (reducción de velocidad de conexión, etc.).

1.5 **Las posiciones doctrinales respecto al Derecho de Autor en la era digital.**

Nos explica el profesor PEUKERT¹³⁸ que el impacto conjunto de la tecnología digital y de las redes globales sobre los derechos de autor ha generado lo que se ha venido en llamar “*el dilema digital*”¹³⁹. La combinación de ambos elementos tiene para los titulares de derechos de autor un sabor agri dulce, puesto que por un lado en la era digital la comunicación y el uso de las obras de creación y la transmisión de la información se pueden realizar a un coste mínimo, pero por el otro los titulares de derechos sobre obras de creación han perdido en gran parte el control del que disfrutaban sobre la explotación de sus obras en la era analógica, al menos durante la etapa de transición en que nos encontramos. En nuestros días, si una hipotética única copia de una obra sujeta al Derecho de Autor se colgase en la Red, y muy especialmente si se tratase de una Red P2P en la que los usuarios pudiesen compartir archivos, este mínimo acto resultaría en potencia suficiente para que esta única copia de la obra en cuestión constituya el “*máster*” para un número indefinido y potencialmente infinito de clones ilícitos de la misma (recordemos el “*carácter vírico*” de la copia digital). Por tanto, los titulares de derechos de explotación sobre obras de creación alimentan el fundado temor (y en ocasiones directamente la constancia) de que con el “*status quo*” actual su capacidad potencial de recuperar la inversión realizada para producir la obra se ve reducida al mínimo.

LÓPEZ MAZA nos explica que ATANASEKOU distinguía varias corrientes doctrinales, que por distintos caminos trataban de dar respuesta al llamado “*dilema digital*”. Estas corrientes se reducen fundamentalmente a cuatro frentes ideológico-jurídicos en los que se agrupa la doctrina, y que dan

¹³⁸ PEUKERT, ALEXANDER, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, Hastings Communication and Entertainment Law Journal, vol. 28, 2005. Pág. 2.

¹³⁹ “*Digital Dilemma*”

diferentes respuestas sobre la importante cuestión relativa al papel que el Derecho de Autor habrá de desempeñar como fuerza delimitadora de esta nueva realidad ^{140 141} :

“(1) El radicalismo hacia los derechos de autor: su principal característica es la creencia de que la propiedad intelectual se ha hecho menos importante y carece de sentido en la era de las redes informáticas. Consideran que si se limita el juego de los límites a los derechos patrimoniales, se está restringiendo la posibilidad de acceso a las obras y prestaciones

(2) El revisionismo de los derechos de autor: sus defensores proponen una revisión de la propiedad intelectual, más que la sustitución de la ya existente.

(3) El tradicionalismo hacia los derechos de autor: indican que aunque las cuestiones sobre los derechos de autor puedan ser acuciantes en el ciberespacio, es prematuro concluir que las leyes de propiedad intelectual tradicionales sean incapaces de resolverlos con eficacia.

(4) El maximalismo hacia los derechos de autor: abogan por el control absoluto de todos los usos que se hagan en la Red de las obras y prestaciones protegidas. La existencia de limitaciones sólo la justifican en caso de imperfecciones insuperables en el mercado, criticando especialmente el límite de copia privada” ¹⁴² .

También MIRÓ LLINARES abunda en esta clasificación:

“Las posiciones teóricas sobre el futuro de la propiedad intelectual en Internet se podrían sistematizar en las de radicalismo, revisionismo, tradicionalismo y maximalismo. El radicalismo vendría a ser sostenido por aquellos que consideran Internet un nuevo espacio

¹⁴⁰ ATHANASEKOU, PARASKEVI EVE, “Copyright in Cyberspace”, 13th BILETA Conference: “The Changing Jurisdiction”, Dublín, 1998. Pág. 2-3). La cita es de LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 184. Utilizo la cita de LÓPEZ MAZA en lugar del original porque me parece que condensa la (ligeramente) más larga explicación de ATHANASEKOU (se trata de un trabajo muy breve, aunque de grandes hallazgos, como la adición de la categoría “maximalistas”).

¹⁴¹ Otros autores reducen las categorías doctrinales a dos: los “neoclasicistas”, quienes consideran que las obras de creación son mercaderías; y los “minimalistas del Derecho de Autor” quienes defienden que las nuevas tecnologías han provocado que este se convierta en irrelevante. NETANEL, NEIL WEINSTOCK, *Copyright and a Democratic Civil Society*, YALE Law Journal, Vol. 106, (1996). Pág. 285-87.

¹⁴² LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 184, cita nº 580. Referenciando a ATHANASEKOU, PARASKEVI EVE, “Copyright in Cyberspace”, 13th BILETA Conference: “The Changing Jurisdiction”, Dublín, 1998. Pág. 2-3.

donde apenas tienen cabida los derechos de autor y donde debería ser sustituido por otros sistemas como las medidas tecnológicas, etc.; el revisionismo entiende que la propiedad intelectual sigue siendo necesaria como institución jurídica para servir al derecho general del acceso a la información, pero que debe modificar sus presupuestos para amoldarse a la nueva realidad social regida por Internet; el tradicionalismo considera que la propiedad intelectual apenas mutará en la realidad actual del ciberespacio y que puede seguir respondiendo a los intereses de los creadores y de la sociedad; finalmente, la tesis que se ha venido en denominar como maximalismo, aboga por un reforzamiento de los derechos de propiedad intelectual para dar respuesta a las nuevas realidades de la sociedad de la información”¹⁴³.

Así, pasaremos seguidamente a profundizar en esta clasificación.

1.5.1 **Posiciones tradicionalistas.**

ATHANASEKOU nos explica que las posiciones tradicionalistas son las que, aun reconociendo que los nuevos problemas planteados por el “*dilema digital*” no resultan de fácil solución aplicando estrictamente el Derecho de Autor tradicional, defienden que el Derecho de Autor goza de la virtud y capacidad de resultar extremadamente moldeable, hasta el punto de que es capaz de regular estos nuevos supuestos por sí solo, y sin mutar en su esencia. Argumentan estos autores como prueba irrefutable de su proposición el hecho de que el Derecho de Autor se ha enfrentado durante la historia repetidamente a un amplio número de novísimas situaciones derivadas de la aparición y posterior utilización de nuevas tecnologías, y que el Derecho de Autor invariablemente se ha reinventado con el objeto de regular estas nuevas realidades sin renunciar por ello a su esencia. Así, el límite de copia privada analógica sería un buen ejemplo de ello.

MIRÓ piensa que las posturas tradicionalistas¹⁴⁴ yerran en la articulación de su propia premisa mayor, ya que si realizáremos una investigación sobre la evolución de las normas de Derecho de

¹⁴³ MIRÓ LLINARES, FERNANDO. «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas*, Nº. 2-2007, Marzo 2007. Pág. 23.

¹⁴⁴ Por ejemplo la de LUCAS, ANDRÉ, *Droit d’ auteur et numérique*, Copyright and Digital Technology, Litec, 1998, Vol. 19, Pág. 12.

Autor durante los últimos años, nos encontraríamos con una multitud de instituciones jurídicas creadas “*de novo*” con el objeto de responder a los nuevos problemas planteados por la evolución tecnológica ¹⁴⁵. De hecho, nos encontramos no sólo con que algunos derechos tradicionales de explotación, como por ejemplo el derecho de distribución, que se basan enteramente sobre una transmisión física de la propiedad sobre una copia tangible, se están extinguiendo con la desaparición progresiva de los propios soportes tangibles, sino también con que el propio objeto de derecho primordial de los derechos de explotación en el ámbito del Derecho de Autor, la copia, ha sufrido transformaciones de tal calado durante la era digital que han obligado a redefinir el propio derecho de reproducción, introduciendo, por ejemplo, el concepto de reproducción provisional, además de una serie de normas que definen cuando la copia se halla protegida por el Derecho de Autor y cuando no.

Aún hay más: El mercado está evolucionando de manera progresiva e imparable hacia un modelo en que ya no se trasmite a los usuarios ni la posesión tangible, ni la “posesión espiritual” de la copia en sí, sino que se licencia a los usuarios el acceso a la obra para su uso y disfrute, restringiendo contractualmente sus facultades precisamente a ese mero uso y disfrute de la obra. Es lo que CARBAJO GASCÓN denomina cesión de uso: “*la cesión de uso constituye una forma de transmisión o autorización del derecho a reproducir una copia electrónica concreta, tangible o intangible, de una obra o prestación para uso personal o colectivo (de los miembros de una empresa o institución), ligada al ejercicio de un derecho de distribución (licencias off-line) o de comunicación pública (licencias on-line)*” ¹⁴⁶. Paralelamente la cobertura jurídica de este modelo de negocio ya no es el Derecho de Autor tradicional, sino la una relación contractual entre el titular de derechos sobre la obra y sus usuarios, en que el instrumento fundamental es la licencia o cesión de uso; combinada con la protección de las llamadas medidas tecnológicas de protección (del “código”), que se incluyen indefectiblemente en los digestos sobre Derecho de Autor. Trataremos

¹⁴⁵ “Desechando la visión del tradicionalismo, difícil de sostener si observamos que la propiedad intelectual no hace más que evolucionar irremediabilmente y de forma continuada desde los últimos 20 años” MIRÓ LLINARES, FERNANDO. «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas*, Nº. 2-2007, Marzo 2007. Pág. 25.

¹⁴⁶ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, 1ª Ed. Colex, Madrid, 2002, pp. 242.

este tema muy al final de este trabajo, ya que esta nueva modalidad de explotación de las obras de creación ha provocado que gran parte de la doctrina hable de un nuevo “*derecho de acceso*”.

Así, el Derecho de Autor ha mutado sustancialmente a lo largo de su historia, y muy especialmente durante los últimos años, y todo indica que va a continuar mutando de manera aún más sustancial (si cabe) en el futuro. Es por ello que no se puede afirmar en puridad que la innegable capacidad de adaptarse sin variar sustancialmente su “*corpus*”, que ciertamente ha mostrado el Derecho de Autor para adaptarse progresivamente a nuevas realidades como por ejemplo el cine, la televisión, la televisión por satélite y cable, etc., le vaya a servir para regular sin más la nueva realidad digital. El Derecho de Autor en el ámbito de la Red necesariamente habrá de extenderse a actos que no podrán ser regulados utilizando exclusivamente el Derecho de Autor de la era analógica. Esto no significa que los principios que inspiran el Derecho de Autor resulten desdeñables; muy al contrario: se trata del remanente que ha de permanecer, y que sin duda permanecerá.

1.5.2 **Posiciones radicalistas.**

Al comienzo de esta sección he puesto hincapié en que, según ATANASEKOU, los defensores de las posturas radicalistas defienden que en un futuro próximo el Derecho de Autor (o en su defecto la Ley sobre Copyright) perderá gran parte de su importancia actual, viéndose sustituido progresivamente por métodos informáticos técnicos. MIRÓ refina esta definición de una manera que, en mi modesta opinión, se ajusta mejor a la realidad vigente: “*La tesis radicalista, cada vez con más adeptos, entiende que la propiedad intelectual es un freno para el desarrollo cultural y científico de la sociedad, así como un instrumento para la desigualdad entre los productores de información y los usuarios de la misma*”¹⁴⁷. En realidad, bajo esta rúbrica se esconde un abanico de apologetas de la tecnología de distinta condición ideológica, y que van desde los seguidores cuasi-religiosos de las políticas empresariales y estratégicas de las multinacionales informáticas a los ácratas de la Red. No sorprende que estas posturas, al ser las que tienen una base jurídica-moral más endeble en unos casos, y por tanto se prestan así mejor a ser utilizadas según convenga ese

¹⁴⁷ MIRÓ LLINARES, FERNANDO. «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas*, N° 2-2007, Marzo 2007. Pág. 25.

día, o por ser directamente anti-sistema en otros casos, resulten además las posturas más populares. A efectos de este trabajo, llamaré a los defensores de estas posturas, y a las posturas mismas “tecnologistas”¹⁴⁸.

GARON nos explica que el debate a favor/en contra de los derechos de autor en EE.UU. había escalado a finales del S. XX al nivel de confrontación que él denomina “*ellos contra nosotros*”. Es decir, los usuarios y la industria del software por un lado, y los propietarios de contenidos por otro. GARON señalaba que “*esta alianza tan incongruente alía a los que quieren vender las herramientas para piratear música con los que quieren validar toda la piratería*”¹⁴⁹; y a mi juicio nunca más acertadamente profetizaba: “*La alianza durará hasta que estas herramientas se utilicen en contra de los archivos de Silicon Valley*”¹⁵⁰. Es decir, los apologetas de la piratería indiscriminada, y los programadores y propietarios de herramientas informáticas en línea destinadas a realizarla o facilitarla (redes P2P, webs de almacenamiento, webs de enlaces) son lo que en la teoría marxista-leninista se denominaría como “*compañeros de viaje*”, o “*idiotas útiles*” de los gigantes informáticos.

Así, podríamos incluso agrupar las cuatro corrientes doctrinales reseñadas al inicio de esta sección en dos: la de los defensores del copyright en el ámbito digital (y aquí podemos agrupar a las otras tres categorías de ATANASEKOU) y sus detractores. En España, la confrontación entre ambas corrientes doctrinales alcanza tintes grotescos. El Derecho de Autor se ha utilizado insistentemente como arma arrojadiza por parte del poder político y los de poderes fácticos (especialmente los medios de comunicación) de manera altamente irresponsable. Existen en España numerosos herederos de las ideas de HAYEK, y admiradores de MILTON FRIEDMAN; que pretendidamente defienden al ultranza modelos económicos basados en la libertad y en la propiedad; aunque en lo que concierne al Derecho de Autor, este preconizado respeto sagrado a la propiedad y la libertad de mercado parece que no resulta de aplicación. Así, en nuestro país, y en el ámbito del Derecho

¹⁴⁸ Aunque la expresión es invención mía, posteriormente he comprobado que REIDEBERG utiliza el término “*technologist*” de una manera que no dista en su significado mucho de la mía. Ver. REIDENBERG, JOEL, Fourth Annual Baker Botts Lecture: The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy, Houston Law Review, Vol. 44, 2007. Pág. 1075.

¹⁴⁹ “*This rather incongruent alliance joins those who wish to sell the tools of music piracy with those who wish to validate all piracy*”. GARON, JON, *Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics*, Cornell Law Review, vol. 88, 2003. Pág. 24. (Traducción del autor)

¹⁵⁰ “*Until the tools are turned on the assets of Silicon Valley, the alliance will hold.*” Ídem.

de Autor, discursos pretendidamente liberales coinciden de manera sorprendente con los de los viejos colectivistas y ácratas ¹⁵¹. ¿Qué tiene en común estos dos discursos? Su irredento populismo sin complejos ¹⁵².

No deja de resultar irónico por tanto, que tanto las medidas anti-piratería como el mismo Derecho de Autor se hayan criticado agriamente tanto desde posturas pretendidamente neo-liberales ¹⁵³, como decididamente progresistas; tanto por adoradores de FRIEDRICH HAYEK, como por letrados que citan a NOAM CHOMSKY ¹⁵⁴. Desde ambos frentes, rabiosamente opuestos en casi todo lo demás en el espectro ideológico, se desprecia y acosa a los autores y artistas que defienden públicamente el Derecho de Autor. Lo más triste (para mí, como español) es que este mensaje ha calado sin duda en extensos sectores de sociedad, particularmente el más joven. Es por ello que estoy absolutamente convencido de que las campañas educativas sobre el respeto a la Ley y a la propiedad sin más no darán ningún resultado.

Las posturas radicalistas “tecnologistas” ¹⁵⁵ en cuanto desdeñan el Derecho de Autor en favor de la evolución tecnológica, olvidan que tal revolución ha resultado posible en gran parte precisamente gracias al Derecho de Autor. Los propios programas de ordenador se hallan protegidos por la Ley de propiedad intelectual, y son precisamente estos los primeros que se excluyen legalmente del límite de copia privada, sustituyéndolo por la habilitación legal a sus usuarios de realizar una única copia de seguridad protegida por medidas tecnológicas. ¿Por qué? Porque la industria del software teme la copia no autorizada de sus productos como cualquier otra;

¹⁵¹ El lector no familiarizado con la realidad española se preguntará por qué un neo-liberal habría de negar el derecho de propiedad de esta manera. Las causas son de animosidad política. Los artistas en España, salvo contadas excepciones han apoyado mayoritariamente durante los últimos años a los partidos de izquierda. Un par de episodios tan alejados de la propiedad intelectual como el hundimiento de un barco petrolero en la cornisa noroccidental de España, y la participación de España en la 2ª guerra de Irak se tomaron como bandera para protestar en las calles de forma muy numerosa y ruidosa contra el gobierno de centro-derecha entonces en el poder. Los artistas estaban a la cabeza de ambas manifestaciones. Es por ello que una parte de los medios de comunicación identificados con un sector de la derecha española, para asombro de sus correligionarios norteamericanos, ha tomado las causas anti-Derecho de Autor como uno de sus principales caballos de batalla. Además, esto resulta muy conveniente en términos de popularidad, porque a todo el mundo le gustan las cosas gratis.

¹⁵² Ver nota nº 134.

¹⁵³ V. RODRIGUEZ HERRERA, DANIEL, *El Partido Republicano estudia un cambio de política sobre derechos de autor*, Libertad Digital, 19 de noviembre de 2012, disponible en <http://www.libertaddigital.com/ciencia-tecnologia/internet/2012-11-19/el-partido-republicano-estudia-un-cambio-de-politica-sobre-derechos-de-autor-1276474674/>, (consultado por última vez el 25 de noviembre de 2012).

¹⁵⁴ BRAVO BUENO, DAVID, *Copia este libro*, Editorial Dmem, 2005. Págs. 78, 84.

¹⁵⁵ CLARK, CHARLES, *The Future of Copyright in the Digital Environment*, Kluwer law International, 1996, Londres, Pág. 139-146.

y además nunca se ha comportado precisamente de manera pacata cuando se ha visto obligada a litigar en defensa de su propiedad intelectual e industrial. ¿Qué dirían los emprendedores que crean empresas con el objeto de diseñar aplicaciones para los aparatos móviles de 3ª y 4ª generación si sus aplicaciones de pago, producto de su riesgo, inversión monetaria, horas de trabajo e ilusión se pudieran descargar ilegalmente de manera similar a las obras de creación ¹⁵⁶ ? Tanto los métodos alternativos de protección del software, de los nuevos modelos de negocio en la Red, y de las medidas tecnológicas de protección del Derecho de Autor comparten idénticos objetivos: la protección del derecho de propiedad y de la libertad de empresa. Por ello todas ellas requieren asimismo de una protección legal eficaz que evite su elusión por parte de los usuarios ¹⁵⁷ .

Y es que de la misma forma que algunos autores eligen utilizar una licencia “*Creative Commons*” para difundir sus obras de creación, existen programadores (autores, a fin de cuentas) que optan por publicar su software bajo una licencia análoga; de la misma manera que existen autores y programadores que eligen difundir sus productos por un precio, porque el coste de producción lo exige, porque han invertido su capital, o simplemente porque anhelan hacerse ricos con un determinado programa; puesto que saben que (al igual que el compositor de una canción) esa brisa de genio que ha inspirado la creación de un producto informático genial quizá no les acaricie la cara nunca más; además de que (aún más importante), es su propiedad y pueden hacer de o con ella lo que les plazca: venderla, licenciarla, enajenarla...; todo. ¿Y por qué es su propiedad? Porque existe una rama del derecho que les reconoce un derecho de propiedad sobre la fijación en soporte tangible de su idea: el Derecho de Autor. Esto desde el punto de vista del derecho positivo claro está. Desde el punto de vista moral o ético es su propiedad porque es fruto de su trabajo, de su inversión económica, o de ambas.

Y es que abunda la opinión entre los autores radicalistas “tecnologistas” de que todo el contenido existente en la Red ha de ser compartido gratuitamente (ellos mismos generalmente se vanaglorian abiertamente de compartirlo). En el fondo, lo que subyace es la creencia errónea de que toda la

¹⁵⁶ PAGE, SEBASTIEN, *4,000,000 iPhones Are Downloading Apps Illegally*, 10 de agosto de 2010, Disponible en <http://www.idownloadblog.com/2010/08/10/4000000-iphones-are-downloading-apps-illegally/>, (Visitado por última vez el 12 de diciembre de 2012).

¹⁵⁷ Ya comentábamos más arriba que el propio LESSIG defiende que estas medidas tecnológicas están diseñadas para proteger unos determinados valores jurídicos. Es decir, que “*el código es Ley*”

información que se introduce en la Red tiene el mismo valor. Muchas de las teorías radicalistas sobre el Derecho de Autor nacen del hecho de que muchos usuarios introducen información en la Red sin esperar nada a cambio, y de que existen autores que ceden gratuitamente sus derechos de explotación en la Red, a través de fórmulas perfectamente aceptables, como las licencias “*Creative Commons*”; por lo que pretenden que esta sea la norma general para todos los titulares de derechos, olvidando que existe la autonomía de la voluntad; autonomía de la voluntad que precisamente ha permitido a los autores anteriormente señalados ceder algunos de los derechos que les reconoce el propio Derecho de Autor. GARON explica de manera brillante esta última idea en el siguiente párrafo:

*“Desafortunadamente la dicotomía central en la que se sigue enmarcando el debate sobre Internet, falla en sus propios fundamentos. Un usuario de Internet puede suministrar éticamente información en Internet sin limitación alguna, o con limitaciones que son consistentes con la noción subyacente de compartir en comuna, y debería esperar en retorno la misma conducta ética. Esta asunción normativa sobre el papel de cada usuario de Internet es un contrato social razonable. Por otro lado, los autores, artistas, desarrolladores de software, y otros titulares de derechos de autor introducen sus obras en el mercado con la expectativa de que recibirán una compensación económica consistente con el precio que demandan. Entre la comunidad literaria, las expectativas que se comparten, son el respeto por la propiedad y el comercio... Ninguna de estas dos realidades tiene mayor valor moral o es más justa que la otra; son meramente incompatibles. De manera más específica, la ética de Internet que defiende compartir de manera desenfrenada la información no se puede invocar para despojar a un titular de derechos de autor de su propiedad sin violar las propias leyes sobre la propiedad, ni las normas éticas preexistentes sobre los derechos de propiedad; ni este crucial parámetro legal ha sido cuestionado desde el Estatuto de la Reina Ana en 1709”*¹⁵⁸.

¹⁵⁸ “Unfortunately, the central dichotomy, which continues to frame the Internet debate, is fundamentally flawed. An Internet user can ethically provide information to the Internet without limitations, or with limitations that are consistent with this underlying notion of communal sharing, and should expect such ethical conduct in return. This normative assumption regarding the role of each Internet user is a reasonable social contract. On the other hand, authors, artists, software developers, and other copyright owners place their works into the marketplace in an expectation that they will receive economic rewards consistent with the price they demand. In the literary community, the shared expectation is respect for property and commerce... Neither of these two realities is more moral or just than

Otros autores radicalistas, como por ejemplo RAYMOND KU, justifican la potencial desaparición del Derecho de Autor en que los gastos de distribución para las obras de creación han disminuido sensiblemente en la era digital, y en la progresiva intangibilidad de los soportes. Estos autores acusan a los autores que abogan por la continuidad de un régimen proteccionista sobre los derechos de autor en Internet, aunque sea rencarnado en un “*derecho de acceso*”, de mantener una percepción de las cosas que no se correspondería con el siglo XXI ¹⁵⁹. Sin embargo, estos autores olvidan que el grueso de los gastos anteriormente destinados a distribución de las obras, se ha ido trasladando paulatinamente a otros conceptos, como publicidad, innovación tecnológica, etc. Además, el número de actores de la industria de contenidos, y el número de obras ofrecidas a los usuarios había crecido espectacularmente hasta el año 2002 en que KU escribió su brillante artículo; pero en algunos países (precisamente en aquellos que se han alejado más ostensiblemente del Derecho de Autor, experimentando con nuevos modelos; como por ejemplo España) tanto los actores de este mercado de obras de creación, como el número de producciones ofrecidas a los usuarios se ha deteriorado de manera aún más espectacular durante los últimos 10 años, curiosamente de manera paralela al deterioro de la efectividad de las normas sobre propiedad intelectual. Sin embargo, en los países más proteccionistas, y que han garantizado de manera más efectiva el Derecho de Autor (o la Ley sobre Copyright), como por ejemplo los EE.UU., el mercado sobre obras de creación se encuentra finalmente remontando su crisis y adaptándose con gran celeridad a la era de Internet.

También se olvida con demasiada frecuencia por parte de los autores “tecnologistas” que una hipotética derogación del Derecho de Autor debería ser aceptada de manera casi unánime por la comunidad internacional, ya que el Derecho de Autor es objeto de numerosos tratados internacionales, como por ejemplo el Convenio de Berna o el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Como apunta acertadamente PARTICIA AKESTER, “*Con*

the other; they are merely inconsistent. More specifically, the Internet ethic of unbridled information being freely shared cannot be invoked to strip a property holder of her property without violating property laws and preexisting ethical norms of property rights. This central legal standard does not change merely because the property is intangible intellectual property, nor has this legal standard been challenged since the Statute of Anne in 1709.” GARON, JON, *Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics*, Cornell Law Review, vol. 88, 2003. Pág. 1339. (Traducción del autor).

¹⁵⁹ KU, RAYMOND SHIH RAY, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, University of Chicago Law Review, Vol. 69, 2002.

respecto a las infracciones directas, cabe decir que las descargas P2P se asimilan a una infracción del derecho de reproducción y de puesta a disposición. Si un país se ha adherido al Acuerdo ADPIC de 1994, las descargas P2P violan el derecho de reproducción, y si se ha adherido a los tratados de la OMPI de 1996, las descargas y la puesta a disposición de materiales en las redes P2P violan, respectivamente, el derecho de reproducción y el derecho de comunicación de la obra al público (que comprende el derecho de puesta a disposición)”¹⁶⁰.

Por ejemplo, en el caso español, muchos olvidan interesadamente que España es miembro de la OMC, y país signatario del ADPIC, además de miembro de la OMPI. El ADPIC es un tratado más entre los muchos que se han firmado en el marco de la OMC, tratados que comprenden casi todos los ámbitos del comercio internacional. Por tanto, no es posible que España realice una transformación radical de sus normas sobre Derecho de Autor que vaya en contra de las provisiones del ADPIC sin faltar a sus compromisos internacionales en el marco de dicha Organización. Las consecuencias económicas de abandonar la OMC resultarían devastadoras para nuestro país, y esto en el caso que pudiera abandonarla, ya que la UE en su conjunto también ha ratificado el ADPIC. En el marco pues irrenunciable del ADPIC España sería denunciada con toda seguridad de aprobar legislación contraria al Derecho de Autor, y es que muchos se olvidan de que la globalización tiene muchas caras.

Por otra parte, las tesis radicalistas más extremas parten indefectiblemente del convencimiento de que su postura moral es la más justa, la más acorde con los valores democráticos. Para ellos, la abolición del Derecho de Autor representa el verdadero triunfo de la democracia frente a la plutocracia representada por la industria de contenidos. Sin embargo, resulta curioso que los detractores de los derechos de autor en Internet se cubran con el manto de la democracia en su más pura esencia, puesto que no hay nada más democrático que el Derecho de Autor, que en su configuración axiológica actual nace de la ilustración. REIDENBERG define perfectamente esta dialéctica:

“Hoy, el diseño y aplicación efectiva de los derechos de propiedad intelectual están en la vanguardia de la lucha de poder entre las normas legales adoptadas democráticamente y

¹⁶⁰ AKESTER, PATRICIA, *Las nuevas dificultades para lograr el equilibrio adecuado entre la protección del Derecho de Autor y el acceso al conocimiento, la información y la cultura*, Estudio realizado para la 14ª reunión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor de la UNESCO. París. 8 de marzo de 2010. Pág. 5.

las reglas definidas por una red de tecnólogos. Mientras la opinión pública ve las normas legales como el producto de las políticas de grupos de intereses especiales, estas normas siguen siendo la expresión formal de las instituciones democráticas. Los movimientos de insurgencia liderados por tecnólogos y usuarios avezados en conocimientos técnicos están de manera efectiva rebelándose contra normas jurídicas adoptadas democráticamente a través de un asalto tecnológico en contra de las normas jurídicas emanadas de las leyes sobre propiedad intelectual

La adaptación de las leyes sobre propiedad intelectual en general, y los derechos de autor en particular, se encuentran en el epicentro de este forcejeo entre los gobiernos democráticos y un gobierno de la Red ejercido por una élite tecnológica a la que no ha elegido nadie” ¹⁶¹ .

Además, incluso para NETANEL, el que las leyes sobre Derecho de Autor mantengan un mercado para este tipo de bienes intangibles, resulta beneficioso para la democracia al menos en dos sentidos diferentes: (1) En un sentido productivo, puesto que otorga un incentivo a los autores para desarrollar su expresión creativa en un amplísimo espectro de campos estéticos, políticos y morales, por tanto desarrollando las condiciones necesarias para que se desarrolle una cultura democrática y la asociación cívica en una determinada sociedad; (2) En un sentido estructural, puesto que los derechos patrimoniales inherentes al Derecho de Autor hacen posible que se desarrolle individualmente una actividad creativa y de comunicación que resulta independiente del subsidio del Estado, del mecenazgo por parte de una élite, y de una jerarquía cultural a la que el creador tenga que obedecer. En definitiva, el Derecho de Autor permite que los creadores sean libres, lo que redundaría en una sociedad más democrática, y por tanto mejor y más justa. Incluso un autor tan crítico con la postura maximalista sobre los derechos de autor como NETANEL reconoce que *“En un mundo sin Derecho de Autor, solamente los autores a quien no preocupe ser*

¹⁶¹ “Today, the design and enforcement of intellectual property rights are at the forefront of a profound power struggle between democratically chosen legal rules and technologist-defined network rules. While public choice views the legal rules as a product of special-interest group politics, these rules remain the formal expression of democratic institutions. Insurgency movements led by technologists and technically savvy users are, in effect, revolting against democratically adopted laws with a technological assault on the rules of intellectual property law. The adaptation of intellectual property law in general, and copyright law in particular, are at the center of this struggle between democratic governance and network governance by an unelected technological elite.” REIDENBERG, JOEL, *Fourth Annual Baker Botts Lecture: The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy*, Houston Law Review, Vol. 44, 2007. Pág. 1075. (Traducción del autor)

*remunerados producirían expresión creativa, y solamente los editores que no necesitaran recuperar su inversión invertirían en seleccionar, empaquetar, y posibilitar que tal expresión resultara accesible al público”*¹⁶².

Sin embargo, muchos de estos autores defienden una sociedad utópica en la Red donde el Derecho de Autor forma parte de los que otro tiempo se hubiera llamado la represión burguesa. NETANEL cita por ejemplo el trabajo de DAVID LANGE, que presenta la tecnología como el mesías que liberará a los hombres no sólo de los derechos de autor, sino también de “*las figuras represoras de la autoridad social, el pensamiento lineal, y el lenguaje verbal*”¹⁶³. LANGE (continúa NATANEL) piensa que en Internet nuestras nociones sobre la propiedad intelectual y nuestra “*obsesión burguesa*” con los derechos morales y de propiedad de los autores dará paso a una era en que los usuarios construirán una ética de “*mutuo reparto de regalos*”¹⁶⁴. El problema es que muchos de estos “regalos” tienen propietario, y este no está dispuesto ni a regalarlos, ni a que se regalen en su nombre. Algunos autores radicalistas, aun sabiendo que el expolio a los autores sin más dista mucho de una ética inspirada en la democracia, han intentado limpiar su mala conciencia con alternativas a la normal remuneración a los autores a través del ejercicio de sus derechos de explotación sobre sus obras en el mercado; alternativas que se presentan normalmente bajo el falso ropaje de social-demócratas, pero que en realidad son semi-totalitarias. Por ejemplo que la expropiación de los derechos de propiedad intelectual se subsane con la instauración por parte del Estado de una renta básica de cerca de 5,500 Euros/año a los autores a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, con el objeto de que estos no tengan que depender económicamente de la explotación de sus obras¹⁶⁵, y que “por supuesto” los usuarios gozan un derecho inalienable a copiar cuanto les plazca sin compensar a los titulares de derechos de propiedad.

Por tanto, no puedo más que coincidir con MIRÓ:

¹⁶² “*In a world without copyright, only authors unconcerned with monetary remuneration would produce creative expression and only publishers with no need for financial return would invest in selecting, packaging, marketing, and making such expression available to the public*”. NETANEL, WEINSTOCK NEIL, *Copyright and a Democratic Civil Society*, Yale Law Journal, vol., 106. 1996. Pág. 288. (Traducción del autor)

¹⁶³ “*...the constraining figures of societal authority, linear thought, and verbal language*”. (Traducción del autor). NATANEL, citando a LANGE, DAVID, *At Play in the Fields of the Word: Copyright and the Construction of Authorship in the Post-Literate Millennium*, Law & Contemp. Probs., 1992, pp. 139.

¹⁶⁴ “*Mutual gift-giving*”. Traducción del autor.

¹⁶⁵ BRAVO BUENO, DAVID, *Copia este libro*, Editorial Dmem, 2005. Pág. 154.

*“No se trata, pues, de que, como se ha argumentado por parte de algunas voces radicalistas, defender la propiedad intelectual implica amparar únicamente los intereses económicos de empresas multinacionales. Aparte de que también la “libertad de ‘la Red’” depende de intereses de multinacionales perfectamente identificables y reconocibles, no puede argumentarse contra la propiedad intelectual sobre la base de que es la sociedad en general la que se ve perjudicada por la existencia de estos derechos, dado que, al contrario, la protección de los derechos de los autores tiene su justificación en la tutela de intereses colectivos, en la protección de la propia sociedad, en el sentido de proteger un instrumento de la difusión informacional entre los sectores creativos y científicos de la sociedad”*¹⁶⁶.

Por ello, el Estado no puede rendirse al populismo, como ha ocurrido en España, en que este ha cedido una y otra vez al chantaje de una ruidosa pero incuantificable minoría¹⁶⁷, como ocurrió a principios de 2012 cuando el anterior Gobierno del PSOE no aprobó en el último minuto la llamada “Ley Sinde” por temor a la respuesta en la Red¹⁶⁸. Como muy bien señala REIDENBERG “*la sociedad de la información necesariamente deberá adoptar bastantes medidas críticas para responder al órdago tecnológico a la autoridad democrática. Los Estados no pueden aceptar contradicciones en su proceso legislativo sobre derecho público. Hacer otra cosa significaría*

¹⁶⁶ MIRÓ LLINARES, FERNANDO. «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas*, Nº. 2-2007, Marzo 2007. Pág. 27.

¹⁶⁷ Aunque el Partido Pirata tiene representación democrática en algunos parlamentos, como por ejemplo el europeo y el sueco esta es muy minoritaria. El caso de mayor éxito del Partido Pirata en unas elecciones legislativas es el de Alemania con un 9% de los sufragios, y es un caso excepcional. *El Partido Pirata entra en el Parlamento de Berlín*, Diario La Vanguardia, 9 de septiembre de 2012. Disponible en <http://www.lavanguardia.com/internacional/20110919/54217590940/el-partido-pirata-entra-en-el-parlamento-de-berlin.html>, (consultado por última vez el 12 de diciembre de 2012). En España el número de activistas que se han visto en manifestaciones físicas ha sido de poco más de 200 personas. KOCH TOMASSO, *Más de 200 Anonymous se manifiestan ante el Teatro Real en contra de la ley Sinde*, Diario El País, 13 de febrero de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/02/13/actualidad/1297551607_850215.htm, (consultado por última vez el 12 de diciembre de 2012). Es de todos sabido que un grupo mínimo de personas con los conocimientos informáticos suficientes y la dedicación necesaria puede multiplicarse virtualmente de forma exponencial hasta parecer una multitud en la Red.

¹⁶⁸ *El Gobierno ‘paró’ la ‘Ley Sinde’ por temor a las redes sociales*, El mundo.es, 12 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/12/12/cultura/1323680561.html>, (consultado por última vez el 20 de noviembre de 2012).

*abdicar de las responsabilidades públicas que se confían al Estado por parte de los ciudadanos a través de las urnas”*¹⁶⁹.

Por último, no hay que olvidar que un eventual triunfo de las tesis radicalistas acabaría sin duda con la industria de contenidos, y por tanto con los incentivos de importancia “real” a la creación. Si los autores no pueden vivir de su trabajo se dedicarán a otra cosa, lo cual parece precisamente el objetivo de algunos activistas opuestos al Derecho de Autor¹⁷⁰. A pesar de que la Red ha aportado la aparición de modelos de autogestión, no cabe duda de que estos resultan de importancia marginal, y de que los autores y artistas dependen de la industria de contenidos para sobrevivir. MIRÓ explica maravillosamente esto mismo desde una perspectiva historicista:

“Pues bien, y sin negar algunos de los postulados de base del radicalismo, sobre todo los relativos a que “la Red” supone un instrumento de difusión de la información y la cultura que hace que adquiera cada vez mayor importancia la necesidad de permitir el libre acceso a la misma, la evolución histórica nos debería enseñar que pasar de un sistema de propiedad intelectual como el que teníamos a un sistema de ausencia de tales derechos arruinaría los avances logrados durante mucho tiempo. Si algo nos puede enseñar lo que ocurrió una vez se inventó la imprenta, es que una hipotética supresión de los derechos de propiedad intelectual para favorecer la difusión de información en Internet facilitaría que hubiera muchos otros creadores que, basándose en lo ya creado, aportaran su ingenio a la sociedad, pero ello supondría, también, a medio plazo, la desaparición del sistema de incentivos a la creación en que ésta institución consiste esencialmente, con el riesgo que ello supone de que se desactivara el proceso de creación de obras del ingenio dada la gran relación de la creación e invención

¹⁶⁹ “The information society will necessarily have several critical responses to address the technological challenge to democratic authority. First, states cannot accept the contradiction of public rulemaking. To do otherwise would constitute an abdication of the public responsibilities entrusted to the state by its citizens at the ballot boxes”. REIDENBERG, JOEL, *Fourth Annual Baker Botts Lecture: The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy*, Houston Law Review, Vol. 44, 2007. Pág. 1094. (Traducción del autor).

¹⁷⁰ La escritora Lucía Etxebarria, en el marco de una mesa redonda sobre derechos de autor “inquirió a Jover, miembro del partido que ha condenado el cierre de Megaupload [Angel Jover, del Partido Pirata]: “¿Qué debería hacer un escritor que, como yo, tarda cuatro años en escribir una novela. Por favor, dame una respuesta”, a lo que Jover, tranquilo, le contestó con un sencillo “debería cambiar de trabajo”. COYLE, ANTHONY, *Etxebarria: “Nos negamos a que haya gente que se lucre con las descargas”*, Diario El País 24 de enero de 2012. Disponible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/01/24/catalunya/1327443715_616570.html. (Consultado por última vez el 22 de noviembre de 2012).

individual con las industrias dedicadas a ello que, sin beneficios económicos, no podrían seguir sus actividades de promoción e inversión”¹⁷¹ .

1.5.3 **Posiciones maximalistas y revisionistas.**

Teniendo en cuenta nuestras reflexiones sobre las dos corrientes doctrinales anteriores, habremos ahora de diseccionar las dos posturas que abogan por un profundo y concienzudo replanteamiento de los derechos de autor, o posiciones revisionistas, junto con las que defienden una expansión de los derechos de autor dirigida a afrontar de manera efectiva el “dilema digital”, o posiciones maximalistas.

Estas dos corrientes doctrinales maximalista y revisionista, surgieron y se desarrollaron casi simultáneamente al nuevo escenario digital, y han dejado notar su influencia en la regulación positiva del Derecho de Autor, hasta el punto de que me atrevería a decir que podríamos hablar también de legislaciones maximalistas y revisionistas; es decir, de dos sistemas de Derecho de Autor que se han ido paulatinamente distanciando entre sí, aunque los últimos acontecimientos derivados del fracaso en la práctica de los intentos realizados por algunos países (como por ejemplo el nuestro) de positivizar en su ordenamiento jurídico alternativas diferentes al Derecho de Autor tradicional “corregido y aumentado”, indican claramente que estos países están cambiando radicalmente su política legislativa adoptando reformas asimismo acordes con las posiciones doctrinales maximalistas. La experiencia¹⁷² nos dice que los países que han implantado un enfoque tendente al maximalismo en su legislación sobre derechos de autor son los que han capeado mejor la crisis digital, los que gozan de una industria de contenidos más saludable, y en los que el usuario dispone de un abanico más amplio de opciones lícitas para disfrutar de las obras de creación tanto en el ámbito de la Red como fuera de él (aunque estos dos ámbitos se han ido paulatinamente interrelacionando de tal modo, que incluso a día de hoy no parece realista hablaren puridad de dos ámbitos o ambientes diferenciados). EE.UU. sería el “ejemplo de libro de texto”

¹⁷¹ MIRÓ LLINARES, FERNANDO. «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas*, N°. 2-2007, Marzo 2007. Pág. 29.

¹⁷² Si recordamos, MOOR nos decía que la más importante de las técnicas de resolución era “*la investigación empírica de las consecuencias de hecho de la políticas propuestas*”. MOOR, JAMES H., *Reason, Responsibility, and Responsibility in Computer Ethics*, Computers & Society, Vol. 28, 1998, Pág 14–21.

de este modelo legislativo. Por otro lado, los experimentos legislativos revisionistas soterrados realizados hasta el momento (España) han fracasado de manera palmaria.

1.5.3.1 **Posturas maximalistas.**

Las posturas maximalistas ¹⁷³, que también se podrían denominar como “optimistas”, sostienen que el Derecho de Autor se encuentra más vigente y resulta más necesario en estos días que nunca, y que incluso debería extender su ámbito de protección con el objeto de garantizar que las leyes del mercado se respeten en el ámbito de Internet, puesto que cuanto mayor incentivo exista para que los autores creen, se desarrollará una mayor creación, y consecuentemente revertirá un mayor beneficio para la sociedad. PAUL GOLDSTEIN, autor clave de entre los de la corriente doctrinal maximalista, predica que “*el Derecho de Autor se debería extender a cualquier esquina de la que los consumidores deriven una utilidad de las obras artísticas y literarias*” ¹⁷⁴. Este autor predijo en su momento que el Derecho de Autor serviría para la crear una “*biblioteca celestial*” ¹⁷⁵ en la cual los individuos tendrían acceso a la mayor y más completa biblioteca de obras literarias, musicales, y audiovisuales que haya conocido el ser humano nunca a lo largo de su historia. Por supuesto, la existencia de la piratería supone un obstáculo sustancial para la creación de esta “*biblioteca universal*”. En la biblioteca universal, según GOLDSTEIN, los usuarios pagarían una tarifa razonable en concepto de acceso, y además, paralelamente al progresivo crecimiento del número de usuarios de esta mítica biblioteca, necesariamente se habrá de expandir el fondo de su contenido, y (sí) asimismo reducirse la cuantía de la tarifa que estos habrían de abonar para poder acceder a ella. Si lo pensamos, podríamos realizar una analogía entre el funcionamiento de ideal

¹⁷³ De hecho esta es la acepción que más me gusta, puesto que el término “*maximalista*” es utilizado por autores como PAMELA SAMELSON en un sentido peyorativo.

¹⁷⁴ GOLDSTEIN, PAUL, *Copyright's Highway, From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford University Press, Stanford, 2003. Pág. 236.

¹⁷⁵ Quizá la Biblioteca de Babel que imaginó BORGES, en homenaje al cual me tomaré la libertad de traducir “*celestial jukebox*” por “*biblioteca universal*”. Aunque en puridad “*celestial jukebox*” significa “*máquina de discos celestial*”, y la metáfora se toma de las antiguas máquinas reproductoras de discos que quizá los españoles de mi generación seamos los últimos en recordar existían en algunos bares en España (en EE.UU. aún son de uso común; aunque normalmente el soporte musical ya no sea un single de vinilo como antaño, sino una colección de archivos MP3 fijados en el disco duro de estas máquinas). Creo conveniente utilizar la expresión “*biblioteca*”, puesto que en la “*celestial jukebox*” existen obras no solamente musicales, sino audiovisuales, literarias y de todo tipo. Así que me tomo una licencia poética, pero sólo hasta cierto punto.

de la “biblioteca universal”, y los ya existentes modelos de acceso por suscripción (como por ejemplo NETFLIX o SPOTIFY ¹⁷⁶).

Por ello, los partidarios de la expansión del Derecho de Autor defienden que si no existe un fallo de mercado incurable, los titulares de derechos deberían ser capaces de extraer el valor económico posible de todos los usos de los que una obra se pueda hacer en el presente o en un futuro. Esta capacidad de explotar la obra ha de estar protegida por la Ley eficientemente; es decir, la Ley debe proteger “de verdad” a los titulares de derechos sobre una obra de todo su uso no autorizado.

No obstante, la expansión del Derecho de Autor se ha de realizar dentro de un orden. Así, GOLDSTEIN recuerda que en los años 90 se decidió que el Derecho de Autor resultaba mucho más barato y ágil para la protección de los programas de ordenador en comparación con el Derecho de Patentes, puesto que los trámites que un inventor ha de realizar hasta la concesión de una patente (es decir, hasta que pueda este extraer un retorno económico consecuencia de la reducción a la práctica de su idea) resultan muy caros y hasta tortuosos. No obstante, tal expansión del ámbito de protección en el cual rige el Derecho de Autor se manifestó muy pronto como problemática; puesto que el objeto de protección del Derecho de Autor es el código fuente del programa de ordenador, así como el “look” and “feel” de un determinado programa informático, aunque no su funcionalidad ¹⁷⁷ . Así pues, los poderes públicos deberían ser extremadamente cautelosos a la hora de extender el ámbito de protección del Derecho de Autor, puesto que hacerlo de forma prematura puede multiplicar los problemas que se habrían intentado solucionar. GOLDSTEIN nos da algunas de las claves necesarias que se podrían utilizar antes de decidir si una nueva realidad pudiese resultar susceptible de ser protegida “ex novo” por parte del Derecho de Autor:

“Dos propuestas para los legisladores han de destacarse. Primero, al tiempo que nuevos objetos de derecho en materia tecnológica emergen para demandar protección del Derecho de Autor, los legisladores deberían sopesarlas cuidadosamente con los parámetros históricos del Derecho de Autor, y resistir la tentación de extender la

¹⁷⁶ Aunque en el caso de esta última (y los modelos análogos) el montante de la compensación que se reparte a los artistas por cuenta del acceso a sus obras se haya de mejorar sensiblemente, puesto que hoy en día resulta ridículo. Queremos pensar que en cuanto se acabe totalmente con la piratería (y por tanto se amplíe la red de usuarios de SPOTIFY y sus clones) esta situación mejorará. De hecho, esta es la predicción de GOLDSTEIN.

¹⁷⁷ GOLDSTEIN, PAUL, *Copyright's Highway, From Gutenberg to the Celestial Jukebox, Revised Edition*, Stanford University Press, Stanford, 2003. Pág. 190 y ss.

protección derivada del Derecho de Autor por defecto simplemente porque la Ley sobre el Derecho de Autor es la más extensa y variada de las doctrinas legales que tratan sobre la propiedad intelectual. La historia sobre la [extensión de la] protección de la Ley de Derecho de Autor a los programas de ordenador, descrita más abajo, ofrece un excelente ejemplo que conlleva su correspondiente moraleja

Segundo, al tiempo que emergen nuevos usos tecnológicos para las obras sujetas al Derecho de Autor, los legisladores deberían darse prisa en abarcar estos usos [en el propio ámbito del Derecho de Autor], incluso si se tratase de usos privados. Un ejemplo es el visionado doméstico de películas de cine desde la “biblioteca celestial”, el cual algunos quizá consideraran sería una exhibición “privada” y no “pública”, y por tanto inmune a una reclamación judicial por causa de su infracción. Como se puede concluir de la ambivalencia del Congreso [de los EE.UU.] con respecto a los “usos” privados que estancaron gran parte de la legislación americana sobre Derecho de Autor durante el pasado cuarto de siglo, un derecho cuyo reconocimiento se dilata [injustificadamente] en el tiempo acaba normalmente resultando ser un derecho denegado [el subrayado es mío]¹⁷⁸. Ciertamente, una vez que se amplía el ámbito de actuación de un derecho, se tendrá que atender a la cuestión de si se debieren habilitar excepciones a tal derecho, pero este es el tradicional examen de los dos pasos [que se habrá de realizar] cuando se legisle sobre Derecho de Autor”.

En su versión más cercana al liberalismo económico radical (al canónico, al consecuente), algunos autores proponen que se restrinja el ámbito de las limitaciones relativas a la libertad de

¹⁷⁸ “Two prescriptions for copyright lawmaking stand out. First, as new forms of technological subject matter emerge to claim copyright protection, lawmakers should carefully measure them against copyright’s historic standards and resist the temptation of extend copyright protection by default simply because copyright is the most capacious and catholic of all intellectual property doctrines. The history of copyright protection for computer software, considered below, offers a cautionary example.

Second, as new technological uses of copyrighted works emerge, lawmakers should be quick to encompass these uses, even those that are private. One example is home viewing of films from the celestial jukebox, which some might consider to be a “private” rather than a “public” performance and thus exempt from claims from infringement. As shown by the congressional ambivalence over “private” uses that stalled much of American copyright lawmaking in the past quarter century, rights delayed are usually rights denied. To be sure, once a right is extended, the question will need to be addressed whether expedient exceptions should be carved out from it; but this is the traditional two-step test of copyright legislation”. GOLDSTEIN, PAUL, *Copyright’s Highway, From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Revised Edition, Stanford University Press, Stanford, 2003. Pág. 188-89. (Traducción del autor)

información, crítica, educacionales, y de investigación y parodia ¹⁷⁹. Yo defiendiendo la existencia de la mayoría de estas limitaciones al Derecho de Autor ¹⁸⁰, puesto que generalmente su base son derechos fundamentales axiológicamente superiores a la propiedad intelectual, y no resulta probable que el mercado sea capaz de cubrir las necesidades que estas excepciones vienen a solucionar; por lo que el Estado sí debería intervenir aquí, garantizando estos límites o excepciones al Derecho de Autor. En el Ordenamiento Jurídico Español, los límites al Derecho de Autor que este trabajo defiende se sigan respetando corresponden a los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en la CE. Son estos los contenidos en el Capítulo Segundo del Título I, sección 1ª, de nuestra Norma Fundamental, y nos parece obvio que el límite de copia privada no deriva de ninguno de ellos. No obstante, nosotros pensamos que tal y como ha demostrado la experiencia, existe un injustificado alarmismo latente en algunos autores que opinan que las posiciones doctrinales maximalistas terminarán por acabar con el “*fair use*” ¹⁸¹, o en el caso de nuestro país con las limitaciones o excepciones al Derecho de Autor. Tal alarmismo sin duda no toma en consideración que existe una jerarquía de valores jurídicos en los Estados democráticos. No obstante, y como analizaremos con mayor profundidad en la parte dedicada al derecho constitucional en este trabajo, la CE sin duda no impide que se persigan los usos no autorizados de una obra (como por ejemplo los actos de reproducción, comunicación, y puesta a disposición no autorizados de obras sujetas al Derecho de Autor a través de la Red), y desde luego no se menciona en ella que exista un derecho a la copia privada que autorice tales actos, ya que ni la realización de tales actos, ni la existencia del límite de copia privada se encuentran fundamentados en derecho fundamental alguno, sino en una interesada y engañosa interpretación de lo que sea en nuestra Carta Magna el Derecho a la Cultura, y que no resulta conforme con la estructura jerárquica axiológica que establece nuestra Norma Fundamental.

Podríamos así decir que lo que se ha venido en llamar por parte de la doctrina “*derecho de acceso*” resulta conforme con las posturas doctrinales maximalistas. Como veremos en su momento, este

¹⁷⁹ Lo explica NETANEL, WEINSTOCK NEIL, *Copyright and a Democratic Civil Society*, Yale Law Journal, vol., 106, 1996. Pág. 315.

¹⁸⁰ Tengo mis dudas sobre alguna excepción relativa a la libertad de información, que tiene que ver que con la información no es objeto del Derecho de Autor, pero la forma o expresión en que se relata esta información si pudiera serlo. Esta es el fundamento de la llamada “tasa GOOGLE”.

¹⁸¹ Ver. SAMUELSON, PAMELA, *The Copyright Grab*. Revista Wired. 1996. Disponible en http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html, (consultado por última vez el 28 de noviembre de 2012).

nuevo derecho consistiría en que los titulares de derechos sobre una obra podrían ponerla a disposición del público de manera interactiva, de forma que el usuario pudiese acceder a ella en el lugar y en el momento en que eligiera. Cuando tal cosa ocurra, la propia norma positiva sobre Derecho de Autor excluiría a este método de explotación de algunos aspectos de la regulación tradicional sobre derechos de explotación (por ejemplo, de la obligación de respetar contractualmente el límite de copia privada de los usuarios). Lo que se concede aquí al usuario es una licencia de uso sobre la obra. Esto significa que la relación titular de derechos/usuario se convierte en una relación contractual que puede modificar algunas normas positivas del Derecho de Autor. ¿Por qué? Porque al quedar esta relación en parte extramuros del Derecho de Autor tradicional, no se encontraría sujeta a algunos de los límites legales sobre los derechos de explotación; siendo el más relevante el de copia privada. Se intentaría así proteger nuevos modelos de negocio, protegiéndolos de la competencia desleal.

1.5.3.2 **Posiciones revisionistas.**

Las posturas revisionistas son las que proponen “*la revisión y enmienda de la legislación existente sobre copyright en vez de su sustitución por métodos de control alternativos. Sus seguidores (los cuales mayoritariamente gozan de conocimientos jurídicos) creen que la legislación sobre debería revisarse concienzudamente, no sólo para adaptarla a los desafíos que plantean las nuevas tecnologías, sino también para servir los derechos de los que disfruta el público en general en lo relativo al acceso y diseminación de información*”¹⁸². Así, los autores revisionistas sugieren utilizar formas alternativas al mercado para compensar a los autores por el uso de sus obras, aunque tales formas alternativas de compensación suelen tener en común el que acaban transfiriendo al erario público, o repercutiendo en el común de los ciudadanos tal obligación compensatoria. Sin embargo, algunas sugerencias de modificación del Derecho de Autor desarrolladas por parte de los autores revisionistas resultan extremadamente interesantes. Así, por ejemplo, JESSICA LITMAN llega al extremo de sugerir que el derecho de reproducción se debería eliminar, y sustituir por un derecho de explotación comercial¹⁸³. El propio profesor LESSIG se podría enmarcar sin

¹⁸² “...the revision and amendment of existing copyright law rather than its substitution with different methods of control. Its supporters (who mostly have a legal background) believe that copyright law should be thoroughly revised, in order not only to adapt to the challenges offered by the new technologies, but also to serve the general public's right for information access and dissemination”. ATHANASEKOU, PARASKEVI EVE, “Copyright in Cyberspace”, 13th BILETA Conference: “The Changing Jurisdiction”, Dublín, 1998. Pág. 2. (Traducción del autor).

¹⁸³ LITMAN, JESSICA, *Digital Copyright*, Prometheus, Amherst, Nueva York, (2001). Pág. 180.

problema en la corriente doctrinal revisionista, como demuestra el siguiente párrafo, en que describe su propuesta de resolución al problema del intercambio de archivos no autorizados en la Red, similar a algunas otras propuestas defendidas por otros célebres autores revisionistas:

“Mi visión consiste en que el Congreso [de los EE.UU.] necesita descriminalizar el intercambio de archivos, o bien autorizando al menos el intercambio de archivos no comercial, con una tasa que cobra un “royalty” razonable para los artistas cuyas obras se comparten, o bien autorizando un simple procedimiento de licencias uniformes, por medio de las cuales los usuarios podrían, por una pequeña suma, comprar el derecho a compartir archivos. La solución anterior se ha descrito en profundidad por parte de NEIL W. NETANEL, y WILLIAM FISHER”^{184 185}.

Al final, entonces, la mayoría de las propuestas emanadas de la corriente doctrinal revisionista, aunque que al menos parten de la base de que los autores han de ser remunerados por su trabajo, terminan desembocando en el establecimiento de un canon (o mecanismo análogo) a los usuarios, a los proveedores de servicios de conexión de Red, o incluso proponen que el Estado se haga cargo de la factura resultante del “open bar” de obras de creación.

No obstante, la corriente revisionista sobre los derechos de autor ha generado iniciativas dignas de todo respeto e incluso muy positivas en la práctica, siendo el ejemplo de mayor relevancia el proyecto “Creative Commons”, un modelo de licencia que se ha predicado alternativo al Derecho de Autor, aunque en realidad no sea más que una variación de este. En este tipo de licencias los autores eligen los derechos que quieren ceder sin recibir compensación por ello, y de acuerdo con sus necesidades. Esta cesión puede ir de lo más (el autor cede todos los derechos de explotación y sólo conserva el derecho moral de atribución sobre la obra) a lo menos (licencias en las que los

¹⁸⁴ “My view that Congress needs to decriminalize file sharing, either by authorizing at least noncommercial file sharing with taxes to cover a reasonable royalty to the artists whose work is shared, or by authorizing a simple blanket licensing procedure, whereby users could, for a low fee, buy the right to freely file- share. The former solution has been described in depth by Neil W. Netanel and William Fisher”. LESSIG, LAWRENCE, *Remix*. Penguin Press, Nueva York, 2008. Pág. 171.

¹⁸⁵ LESSIG propone cinco cambios genéricos en el Derecho de Autor que según él ayudarían a desarrollar todo el potencial creativo de esta nueva era sin afectar al mercado de la industria de contenidos. La última de estas propuestas, la más relevante para nuestro estudio es la relativa a descriminalizar el intercambio de archivos a través de redes P2P. Para conocer la totalidad de las propuestas ver Ídem, Pág. 254 y ss.

autores prácticamente se reservan todos los derechos). La única diferencia es que el autor es el que realiza la elección sobre qué derechos se reserva sobre su obra “*ab initio*” mediante una licencia dirigida a los usuarios cuyo método de aceptación por parte de estos es normalmente el acto de descarga de la obra. Es decir, el titular de derechos de autor cede alguno o algunos de ellos mediante el recurso al derecho privado (en el fondo la misma técnica que utilizan los titulares de derechos para excluir mediante licencia el límite de copia privada en los casos de puesta a disposición interactiva de obras protegidas por el Derecho de Autor, aunque en este caso la LPI, como no podría ser de otra manera ya que se excluye el ejercicio de un límite legal, habilita expresamente para ello). En el fondo por tanto, las licencias “*Creative Commons*” no son sino otra manifestación del tradicional poder de disposición de los autores sobre su obra que reconoce el tradicional Derecho de Autor (de hecho los autores no dispondrían técnicamente de otro remedio que el de acudir a la LPI en caso de sufrir una infracción sobre los derechos que sí han conservado -digamos un plagio-). En la propia Web de “*Creative Commons*” existe una herramienta para que los autores elijan el tipo de licencia que mejor se adapta a sus necesidades ¹⁸⁶. Así, el proyecto “*Creative Commons*” tiene una base filosófica claramente revisionista, aunque se pudiera pensar (y muchos interesadamente lo quieren hacer así creer) que se trata de una iniciativa surgida de y acorde con la corriente doctrinal radicalista. Explica este último extremo REIDENBERG:

“De manera similar, el proyecto “Creative Commons”, lanzado por el Centro Berkman para Internet y la Sociedad, y la facultad de derecho de Stanford, buscaba expandir el dominio público de las obras creativas de creación. Creative Commons intenta “utilizar el derecho privado para crear bienes públicos: obras de creación liberadas para ciertos usos”. En otras palabras, Creative Commons utiliza el Derecho de Autor existente y herramientas [contractuales] de licencia para expandir la cantidad de contenido existente en el dominio público. NIVA ELKIN-KOREN considera este enfoque “subversivo” porque los proponentes de un dominio público más amplio no utilizan las técnicas de “lobby” para proponer una nueva legislación, sino que prefieren “redefinir las normas sociales y promover los valores [implícitos en los actos] de compartir y reutilizar. Mientras puede ser que este enfoque resulte de alguna manera subversivo, sus proponentes utilizan la acción política clásica puesto que buscan modificar las normas sociales a través de medios

¹⁸⁶ <http://creativecommons.org/choose/>. (Consultado por última vez el 20 de noviembre de 2012).

*legales (las prácticas englobadas en la ley contractual y en el Derecho de Autor). Sus proponentes no intentan menoscabar la existencia de contenido sujeto a derechos de propiedad. Por tanto, este enfoque, la distribución de contenido a través de la licencia de derechos sustantivos sin amenazar la existencia de los derechos de propiedad sobre un [determinado] contenido, refleja una apuesta significativa por el imperio de la ley”*¹⁸⁷.

Además, como hemos apuntado ya, si la estrategia de “Creative Commons” resulta legítima (estrategia que como hemos visto consiste en combinar las leyes sobre Derecho de Autor y la Ley Contractual con el objeto de restringir el los derechos reconocidos por el Derecho de Autor en cuanto a una obra determinada), a “*sensu contrario*”, los titulares de derechos de propiedad sobre un determinado contenido, podrán utilizar la misma combinación del Derecho de Autor con la Ley Contractual (reforzado en la práctica con las medidas tecnológicas de protección disponibles) para proteger su contenido en ámbitos donde el Derecho de Autor tradicional no resulta protegible en la práctica de una manera efectiva, puesto que ambos enfoques nacen de la libertad de los autores o de titulares de derechos, y no de una imposición extrínseca del Estado. Por ello, en este escenario habría que remover los impedimentos que dificulten el imperio de la autonomía de la voluntad en el marco de los derechos morales y de explotación reconocidos por parte de la LPI. En el ámbito de los límites al Derecho de Autor, es nuestra opinión que no se deberían poder excluir contractualmente aquellos que nacen con el objeto de proteger y reforzar el ejercicio de derechos fundamentales y de libertades públicas (por ejemplo, el derecho a la información o el derecho a la educación), y los titulares de derechos de explotación derivados del Derecho de Autor deberían poder disponer de la facultad de excluir sin más aquellos límites que no han nacido de tales fuentes, sino que surgieron en la era analógica por razones de mera oportunidad; como por ejemplo el límite de copia privada. Si bien esta exclusión contractual ya resulta legalmente posible en ciertas

¹⁸⁷ “*In a similar vein, the Creative Commons project, launched by the Harvard Berkman Center for Internet and Society and the Stanford Law School Center for Internet and Society, sought to expand the public domain of creative works of authorship. Creative Commons tries to “use private rights to create public goods: creative works set free for certain uses.” In other words, Creative Commons uses existing copyright law and licensing arrangements to expand the amount of content in the public domain. Niva Elkin-Koren calls this approach “subversive” because these proponents of a broader public domain do not lobby for new legislation, but rather seek “to redefine social norms and promote values of sharing and reusing.” While the approach may be subversive in one sense, the proponents are engaged in classic political action in that they seek to change social norms through legal means - copyright and contract law practices. The proponents are not trying to undermine the existence of proprietary content. Thus, this approach, the distribution of content through the licensing of substantive rights without threatening the existence of proprietary content, reflects a significant commitment to the rule of law”.* REIDENBERG, JOEL, *Fourth Annual Baker Botts Lecture: The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy*, Houston Law Review, Vol. 44, 2007. Pág. 1083. (Traducción del autor).

situaciones, como por ejemplo las de puesta a disposición interactiva de obras de creación, la facultad de excluir el límite de copia privada por parte de los titulares de derechos (de no eliminarse directamente este límite del ordenamiento jurídico) se debería extender a todas las situaciones en que se ejercite el derecho de reproducción por parte de sus titulares en el ámbito digital. Los últimos movimientos legislativos en nuestro país se encaminan decididamente en este sentido.

La propia desnaturalización del límite de copia privada tal y como se ha venido aplicando en España, así como de la aplicación (repercutida o indirecta, pero en todo caso aplicación) de la remuneración compensatoria a todo tipo de equipos y de sujetos públicos y privados (al menos hasta la Sentencia PADAWAN del TJUE) nace de las tesis revisionistas desarrolladas por autores como NETANEL, que tenían por objeto compensar la existencia de la piratería en línea sin acabar con ella. NETANEL propuso en este sentido que se impusiera una tasa indiscriminada a todos los equipos susceptibles de realizar copias, y que se distribuyera la recaudación a los titulares en compensación por el uso no autorizado de sus obras en la Red ¹⁸⁸ ; que en la práctica ha sido lo que se ha terminado haciendo en nuestro país hasta muy recientemente.

Es decir, el Gobierno español siguiendo las tesis de NATANEL habría distorsionado de hecho el concepto mismo del límite de copia privada para que este incluyese actos de reproducción no autorizados a través de redes P2P, pues al no estar capacitado el Gobierno para autorizarlos por la vía legislativa ordinaria, por encontrarse constreñido por las obligaciones surgidas de su pertenencia a las organizaciones internacionales enumeradas más arriba, y al ser signataria España de diversos tratados sobre propiedad intelectual, intentó nuestro Ejecutivo descriminalizar la piratería en la Red de manera sibilina. La táctica empleada consistía en apaciguar a los órganos representativos de los autores y titulares de derechos (obsérvese que no he dicho “a los autores”), representados por las Entidades de gestión, con la instauración de un canon extenso sobre todo tipo de soportes y aparatos (pero no sobre los discos duros de los ordenadores, sin duda influidos por la jurisprudencia norteamericana ¹⁸⁹) que gravaba de modo indiscriminado a todo tipo de

¹⁸⁸ NETANEL, NEIL W. *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, Harvard Journal Law & Technology. Vol. 17 (2003). Pág 4. Referenciado por YU, PETER K., *P2P and the Future of Private Copying*, University of Colorado Law Review, 2005. Pág. 704.

¹⁸⁹ Ver caso DIAMOND. págs. 664 y ss.

personas tanto físicas como jurídicas a quienes se repercutía finalmente la tasa ¹⁹⁰ ; tasa que excedía en mucho la que resultaría de una aplicación estricta a los supuestos contemplados tradicionalmente por el límite de copia privada (incluso un límite de copia privada “amplio”), y a los propios sujetos autorizados legalmente a realizar copias privadas (solamente personas físicas). Esta última exigencia se obviaba mediante un ardid técnico, ya que según el artículo 25 de la LPI los sujetos pasivos legales de la tasa eran los fabricantes de soportes y aparatos capaces de realizar reproducciones en formato digital, y los comerciantes distribuidores, mayoristas y minoristas de aquellos; pero no los usuarios, aunque a estos se les acabara por repercutir la tasa (de hecho la tasa fue declarada contraria a la normativa europea por parte del TJUE precisamente por el empeño de un minorista, no de un usuario final). Esto constituyó una forma de ingeniería legislativa inaceptable y escasamente ética.

¿Y cómo se licitaron “*de facto*” los actos de carga y descarga de obras sujetas al Derecho de Autor no autorizados (es decir de comunicación en su modalidad de puesta a disposición, y de reproducción, respectivamente)? Puesto que una legalización plena hubiera ido en contra de los tratados internacionales sobre Derecho de Autor suscritos por España, se realizó de forma asimismo sibilina una descriminalización por la vía del hecho. La técnica empleada fue la de instruir a los integrantes del Ministerio Público, que es un órgano jerárquico cuya cúspide, la Fiscalía General del Estado, es nombrada por el poder ejecutivo ¹⁹¹ , para que se abstuvieran de perseguir estos casos por la vía judicial; instrucción que dada por su superior jerárquico: el Fiscal General del Estado ¹⁹² , resultaba de obligado cumplimiento por parte de los miembros del Ministerio Público

¹⁹⁰ Operado por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; y que modificó entre otros el artículo 25 de la LPI.

¹⁹¹ Artículo 29 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; redactado por el número veinticuatro del artículo único de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal («B.O.E.» 10 octubre): “*Uno. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión.*

Dos. Recibido el informe del Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno comunicará su propuesta al Congreso de los Diputados, a fin de que pueda disponer la comparecencia de la persona elegida ante la Comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su reglamento a los efectos de que se puedan valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto.

Tres. Una vez nombrado, el Fiscal General del Estado prestará ante el Rey el juramento o promesa que previene la Ley y tomará posesión del cargo ante el Pleno del Tribunal Supremo”

¹⁹² Artículo 22.2 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: “*El Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio*

¹⁹³ . ¿Y a través de que herramienta se justificó la descriminalización de estos actos de reproducción y comunicación no autorizada? A través del límite de copia privada; o mejor dicho, de su desnaturalización.

Sólo esto explica que en el Considerando nº 78 de las Conclusiones de la Abogado General del TJUE, VERICA TRSTENJAK, presentadas el 11 de mayo de 2010 sobre el caso PADAWAN, se viera obligada a explicar que el canon sobre copia privada, según la Legislación Comunitaria, no puede tener por objeto la compensación a los titulares de derechos de explotación por cuenta de la piratería:

“En cuanto a la segunda parte de la cuestión, ha de señalarse ante todo que la finalidad de la «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, no consiste en indemnizar a los titulares de derechos por la comisión de actos ilegales relativos a la reproducción no autorizada de obras y prestaciones protegidas. Sólo existe derecho a una compensación por copia privada en caso de que lo autorice la normativa en materia de derechos de autor del Estado miembro. El hecho de que pueda constatarse una infracción generalizada del derecho de reproducción, en principio exclusivo, que corresponde al autor –como sucede por ejemplo en Internet mediante las redes de intercambio de archivos denominadas P2P («peer to peer») – no es relevante a efectos del citado precepto de la Directiva ni puede considerarse un factor a la hora de buscar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derecho y de los usuarios”.

Por tanto, afirmo que se ha desarrollado en España un modelo legislativo que ha tomado lo peor de las teorías revisionistas, y en el que se han desvirtuado de hecho instituciones jurídicas como el límite de copia privada, convirtiendo el (ya extinto) sistema de compensación equitativa por copia privada (dotado económicamente vía canon) en un sistema de compensación a los autores por el

español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal”.

¹⁹³ La Ley 50/81, reseñada en las dos notas al pie de página anteriores, en su artículo 62, punto 16, considera como falta muy grave para un miembro del Ministerio Público “La absoluta y manifiesta falta de motivación en los informes y dictámenes que la precisen de conformidad con las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado”.

uso no autorizado de sus obras en la Red. Es decir, se utilizaba el sistema de compensación equitativa para compensar de hecho a los autores por la piratería (en lugar de por la realización de copias privadas en sentido estricto), ante la cual las autoridades optaban por mirar para otro lado, con el objeto de no alienar en demasía a los usuarios/electores. El resultado final de este despropósito devino en una situación de sustancial inseguridad jurídica para los titulares de derechos sobre obras protegidas por el Derecho de Autor; un desmoronamiento sin precedentes de la industria tradicional de contenidos, que además, dada la nula protección efectiva que la Ley les dispensa no ha sido capaz de desarrollar nuevos modelos de explotación para las obras de creación en Internet, con la consiguiente insuficiencia manifiesta en el desarrollo de una oferta lícita de contenidos para los usuarios, análoga a la existente en otros países. Desgraciadamente, España es el paradigma de lo que conlleva la aplicación en la práctica de las tesis doctrinales revisionistas del Derecho de Autor.

1.6 Ocho propuestas doctrinales destinadas a solucionar el problema planteado por el Derecho de Autor en la era digital.

PETER YU, en su extraordinario trabajo, publicado en el año 2005, y que lleva por título “*P2P y el futuro de la copia privada*”¹⁹⁴, nos explicaba que desde el mismo momento que se comenzó a atisbar que las características especiales de la copia digital podrían representar en un futuro cercano un problema sin precedentes para el Derecho de Autor, la doctrina se puso manos a la obra con el objetivo de procurar una solución a la inminente “*crisis digital*”. Puesto que la doctrina en materia de Derecho de Autor es sin duda ideológicamente heterogénea, tal y como hemos corroborado en el punto anterior de este trabajo, la cantidad y diversidad de las propuestas aportadas por ella resulta consecuentemente elevada y diversa. YU agrupa la ingente cantidad de propuestas desarrolladas en ocho categorías, clasificación que entiendo todavía sigue siendo válida en el año 2014. Las propuestas categorizadas por YU abarcan prácticamente la totalidad del espectro doctrinal del Derecho de Autor, y cubren todos los ámbitos imaginables tanto de la realidad como del mundo de las ideas (el legislativo, el administrativo, el de mercado, el empírico, utópico, etc.). Así, este “*maremágnum*” de modelos propuestos, que sustituirían, completarían o adaptarían el Derecho de Autor heredado de la era analógica a la era digital, se puede dividir en

¹⁹⁴ YU, PETER K., *P2P and the Future of Private Copying*, University of Colorado Law Review, 2005.

ocho grupos o categorías, que a su vez representan ocho modelos diferentes; a saber: (1) Modelo de licencias en masa; (2) modelo de licencias compulsivas u obligatorias; (3) modelo de licencias colectivas voluntarias; (4) modelo de contribuciones voluntarias; (5) modelo de protección tecnológica; (6) modelo revisionista del Derecho de Autor; (7) modelo procedimental de resolución de conflictos en el ámbito administrativo; y (8) modelo de compensación alternativa ¹⁹⁵. Pasemos a estudiar estos modelos de forma individualizada.

1.6.1 **Modelo de licencias en masa.**

La categoría o modelo de modelo basado en las licencias en masa (o masivas) desarrollado por YU en realidad no es otra cosa que la comercialización o explotación de archivos que contengan obras de creación en formato digital a través de la Red por parte de sus titulares de derechos. Esta explotación, comercialización o venta, en puridad no puede resultar en ningún caso idéntica a la realizada en la era analógica por una única razón obvia, pero que la que se derivan una multitud de consecuencias prácticas y jurídicas: la desaparición paulatina del soporte tangible que contenía la obra protegida por el Derecho de Autor. Las consecuencias jurídicas de esta realidad se reducen principalmente a la transformación paulatina del instrumento jurídico utilizado, que derivaría de un contrato de compra-venta comercial de bienes muebles a un contrato de licencia de uso con ciertas restricciones legales. Algunas de estas restricciones están provocadas por la propia naturaleza de la copia digital, como por ejemplo la imposibilidad de reventa de la obra, ya que al no encontrarse esta ya fijada en un soporte material ¹⁹⁶, toda reventa practicada sobre ella resultaría imposible sin que el adquirente realizara una nueva reproducción de la obra que requeriría una nueva autorización del titular del derecho de reproducción ¹⁹⁷.

Este modelo se desarrolla en la práctica a partir de la apertura de la tienda digital iTunes por parte de la compañía estadounidense APPLE en abril de año 2003. iTunes ofrecía la venta legal mediante descarga de obras musicales a través de la Red, a un precio competitivo, y en el que el usuario podía adquirir lícitamente la canción que deseara sin necesidad de adquirir un álbum musical entero. iTunes además permitía y permite al usuario realizar copias privadas autorizadas de la obra

¹⁹⁵ “(1) mass licensing, (2) compulsory licensing, (3) voluntary collective licensing, (4) voluntary contribution, (5) technological protection, (6) copyright law revision, (7) administrative dispute resolution proceeding, and (8) alternative compensation”. Ídem. Pág. 698. (Traducción del autor).

¹⁹⁶ la abolición de lo que se llamaba “first sale doctrine”.

¹⁹⁷ a no ser que se venda un soporte con capacidad de almacenamiento, digamos un iPod con canciones, lo cual resultaría un acto “de minimis” de acuerdo a la regla de los tres pasos.

adquirida con el objeto de que la pueda usar y disfrutar en diferentes formatos o aparatos digitales, y decimos que son copias privadas autorizadas puesto que la facultad de realizarlas se encuentra contemplada en la propia licencia, es decir en el contrato que la tienda virtual y el usuario suscriben. El motivo de esta autorización viene dado por “*la propia arquitectura de las cosas*” ya que resulta evidente que dada la multiplicidad de aparatos y soportes en los que el usuario puede usar y disfrutar la obra, y dado que en un gran número de estos soportes el usuario normalmente copiara la obra, para borrarla después de un tiempo, volverla a copiar, y así sucesivamente (por ejemplo, en un iPod de capacidad limitada a 8 Gigabytes). Es evidente que para que este modelo cobre sentido económico (para que el producto resulte atractivo) la licencia ha de consentir la realización de estas copias por razones de “*space-shifting*” y “*format-shifting*” ¹⁹⁸ . Esta autorización para realizar copias privadas no se halla impuesta por el Estado, sino que forma parte de la lógica empresarial y de mercado en lo que concierne al licenciante, y derivan de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación en lo que concierne al licenciario.

Este modelo de licencias en masa se ha trasplantado a otro tipo de obras, como por ejemplo las obras audiovisuales, programas de ordenador, obras literarias, etc.; y también a otro tipo de usos y servicios, como por ejemplo el acceso interactivo para el uso y disfrute de obras por parte del usuario sin descarga permanente en un “*disco duro*”, o vía “*streaming*”, de las que hablaremos más extensamente en otras partes de este trabajo. Además, este es el modelo que parece se ha instalado con mayor fuerza y firmeza en el mercado, y al que se adivina un futuro más prometedor, ya que es el utilizado por muchísimas compañías punteras de referencia en cuanto a la explotación de contenidos en línea, como por ejemplo NETFLIX, SPOTIFY, etc. Las influencias más positivas de este modelo se han dejado notar en dos de las cuatro fuerzas reguladoras que identificaba LESSIG: (a) en la norma social, puesto que ha normalizado que los usuarios paguen por contenido en el ámbito de la Red; y (b) en el mercado, ya que ha demostrado que un modelo de pago por uso en el ámbito de Internet resulta viable, y que el mercado es más que capaz por sí mismo de proporcionar al usuario la facultad de realizar copias privadas cuando resulta necesario para este

¹⁹⁸ Que es la posibilidad de que un usuario pueda utilizar una obra que ha adquirido legalmente en múltiples aparatos y soportes realizando una reproducción, para usarla y disfrutarla en diferentes lugares o situaciones (ya que la portabilidad de la obra resulta mayor o menor según de que aparato o soporte hablemos) sin necesidad de tener que adquirir una nueva copia para usar o disfrutar la obra en cada uno de estos soportes.

por motivos prácticos, en flagrante oposición a cuando se utiliza parasitariamente la facultad otorgada por el Estado de realizar copias privadas para habilitar legalmente la piratería.

Y es que es importante puntualizar que lo que se concede a los usuarios en el marco de este modelo no es un límite de copia privada al derecho de reproducción, porque para que esto sea así el usuario podría realizar la copia sin autorización de los titulares de derechos, y en el caso de las licencias en masa se autoriza (o no, dependiendo de la naturaleza específica de la comunicación) la realización de copias privadas a los usuarios por la vía contractual. Por tanto, la eliminación del límite de copia privada no afectaría a este modelo de negocio, sino que con toda seguridad lo asentaría definitivamente en la práctica.

Por otra parte, los inconvenientes que YU vaticinaba la implantación práctica de este modelo podría acarrear, cuando publicó su trabajo en el año 2005, se han ido subsanando progresivamente (al menos en parte) desde entonces:

- a. YU argumentaba que resultaría bastante complicado obtener todas las licencias necesarias de los titulares de derechos, ya que en derecho americano por ejemplo existen los propietarios de derechos sobre la obra (compositores, letristas), y los propietarios sobre la grabación de la obra (las compañías de discos y los editores), que tendrían que licenciar sus derechos por separado ¹⁹⁹ ²⁰⁰. El problema sería aún de mayor envergadura en el caso de las grabaciones antiguas, en las que no estaría del todo claro en muchas ocasiones quien sería el propietario de derechos sobre la obra. No obstante, incluso los titulares de derechos más reticentes a su comercialización de acuerdo con este modelo han terminado cediendo por propio convencimiento ²⁰¹. En cuanto a las llamadas “*obras huérfanas*” ²⁰², se están desarrollando propuestas legislativas y administrativas tendentes a su recuperación ²⁰³.

¹⁹⁹ YU, PETER K., *P2P and the Future of Private Copying*, University of Colorado Law Review, 2005. Pág. 701.

²⁰⁰ Un buen ejemplo práctico para que el lector se haga una idea del enmarañado mundo de las licencias se puede encontrar en el siguiente artículo sobre el catálogo de THE BEATLES: LÓPEZ PALACIOS, IÑIGO, “¿Quién diablos es Paul McCartney?”, Diario El País, 30 de septiembre de 2013, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/09/26/actualidad/1380204370_579010.html, (Consultado por última vez el 9 de octubre de 2013).

²⁰¹ *Apple se hace con el catálogo de los Beatles para iTunes*, Diario ABC, 16 de noviembre de 2010, disponible en <http://www.abc.es/20101116/cultura-musica/apple-beatles-itunes-201011161702.html>, (visitado por última vez el 26 de noviembre de 2012).

²⁰² “*Orphan Works*”

²⁰³ Ver <http://www.copyright.gov/orphan/>, (consultado por última vez el 26 de noviembre de 2012).

- b. Otro problema potencial que YU asimismo observaba consistía en que las descargas vendidas a través de estos servicios en línea no son propiedad del usuario (y sus herederos) para siempre, extremo que ha alcanzado cierta relevancia en los medios últimamente ²⁰⁴. Como hemos explicado más arriba, al liberarse la copia de su soporte físico desaparece la “*first-sale doctrine*”. Además YU explicaba que muchas de las descargas comercializadas pertenecían a la clase que se denomina como “*descargas prisioneras*” ²⁰⁵, lo que significa solamente se pueden usar por parte del usuario mientras dure su suscripción al servicio ²⁰⁶, mientras que por el contrario la posesión de las descargas ilegales no se encuentra limitada de modo alguno. En la realidad los sistemas han evolucionado progresivamente; y por ejemplo iTunes permite al usuario sincronizar su biblioteca musical con un máximo de 10 ordenadores a la vez, y un número de aparatos portátiles ilimitado. En el caso de los ordenadores, el usuario podrá retirar la autorización a uno de sus ordenadores (porque por ejemplo, no lo vaya a utilizar más), y concedérsela a otro. Además, la biblioteca digital iTunes se puede sincronizar por parte del usuario con una gran variedad de aparatos, e incluso permite la reproducción permanente de las obras en un soporte CD o similar. Por tanto, el mercado concede a los usuarios de manera lícita la facultad de realizar copias privadas para su propio uso. iTunes dispone de la autorización de los titulares de derechos sobre las obras que comercializa en su tienda digital, para a su vez autorizar a los usuarios a realizar copias privadas sobre las obras que adquieran.

No obstante, los usuarios prefieren estos días usar el espacio estable en el disco duro de sus ordenadores (y aparatos) para otros fines diferentes a los de almacenar obras musicales o audiovisuales. El modelo utilizado es el “*modelo de acceso*”, acceso que asimismo se autoriza utilizando el instrumento jurídico de las licencias en masa. Es esta la “*biblioteca celestial*” que anunciaba GOLDSTEIN, y que trataremos más adelante

²⁰⁴ VERDÚ, DANIEL, *Su biblioteca digital morirá con usted*, Diario El País 10 de septiembre de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/09/10/actualidad/1347304690_488599.html, (consultado por última vez el 26 de noviembre de 2012).

²⁰⁵ “*Tethered downloads*”.

²⁰⁶ YU, PETER K., Op. Cit. Pág. 701.

en este trabajo con mayor profundidad.

- c. Por último, YU observaba el problema de un potencial colapso de la Red provocado por la generalización del “*streaming*”, aunque el riesgo de que se provoque tal colapso resulta cada vez más reducido con el crecimiento de la banda ancha. Sin embargo, como demostraremos en el siguiente punto de capítulo, son las descargas ilícitas las que suponen un mayor porcentaje del tráfico de datos en la Red (y por lo tanto un mayor consumo de banda, el desarrollo de cuya infraestructura, no nos olvidemos, pagamos todos).

1.6.2 **Modelo de licencias compulsivas u obligatorias.**

El modelo de licencias compulsivas u obligatorias consiste en que el Estado imponga una tasa o canon en la comercialización de los soportes vírgenes, aparatos susceptibles de reproducir obras sujetas al Derecho de Autor, conexiones de Internet, y en general todo tipo de equipos reproductores de audio y de video, tabletas²⁰⁷, teléfonos móviles de cuarta generación, etc. Los ordenadores personales, paradójicamente, se hallan normalmente exentos de esta tasa, ya que son susceptibles de realizar otras funciones. Esta tasa, que sería distribuida entre los titulares de derechos de explotación de forma proporcional, de acuerdo al uso (lícito, como base en la práctica para calcular el ilícito) que de manera agregada se realice de sus obras en la Red. Es decir, la tasa vendría a compensar los usos ilícitos de una obra en el ámbito de la Red, que se legalizarían. En palabras de GEIGER, “*el autor perdería su derecho a prohibir*²⁰⁸, *pero no su derecho a recibir una remuneración*”²⁰⁹. NEIL NETANEL es el mayor y más autorizado defensor de este modelo:

“La tasa (...) se impondría sobre la venta de cualquier bien o servicio destinado a los consumidores cuyo valor se viera incrementado sustancialmente por el intercambio de archivos a través de redes P2P (esto [qué bienes o servicios se encontrarían sujetos a la

²⁰⁷ LUIS ALBERTO DE CUENCA ha acuñado el mucho más eufónico e históricamente adecuado término “tablillas” para denominar a estos aparatos.

²⁰⁸ Usos de la obra. La mayoría de la mejor doctrina está de acuerdo en que si algo define la propiedad intelectual (e industrial) en general es que estamos ante un “*ius prohibendi*”.

²⁰⁹ “*The author loses his right to forbid but not his right to receive a fair remuneration*”. GEIGER CHRISTOPHE, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, e-Copyright Bulletin, enero-marzo 2007. Pág. 8.

tasa] se determinaría por un tribunal en el seno de la Oficina de Administración del Copyright). Probablemente se incluiría entre los candidatos [a ser gravados por la tasa] al acceso a Internet, software y servicios P2P, aparatos informáticos [ordenadores], aparatos electrónicos destinados a los consumidores (“tostadoras” de CD, reproductores MP3, y grabadoras de video digital) utilizadas para copiar, almacenar, transmitir o ejecutar archivos descargados, y soportes de almacenamiento para obras de creación (como por ejemplo, los CD vírgenes) utilizados con estos aparatos. En retorno por la imposición de la NUL [acrónimo de “noncommercial use levy” o “tasa de uso no comercial”], la Ley proveería de inmunidad ante el Derecho de Autor a los actos de reproducción y distribución no comercial de los individuos de cualquier contenido expreso que el titular del copyright hubiera divulgado previamente al público”²¹⁰.

WILLIAM FISHER lleva aún un paso más lejos la propuesta de NETANEL:

“Un creador que deseara recoger sus ganancias cuando su canción o película se escuchara o se viera, debería registrarla en la Oficina de Administración del Copyright. Con el registro recibiría un nombre de archivo que sería único, y que se utilizaría para localizar el origen de las [subsecuentes] transmisiones de copias digitales de la obra. El Gobierno recaudaría, a través de las tasas, suficiente dinero para compensar a los registrantes por poner sus obras a disposición del público. Utilizando técnicas pioneras desarrolladas por las entidades de gestión de derechos americanas y europeas, y empresas medidoras de audiencias en televisión, una agencia gubernamental estimaría la frecuencia con la cual cada canción y película se visualizara o se escuchara por los consumidores. A cada registrante entonces se le abonaría por parte de la Agencia periódicamente su parte correspondiente a la de los ingresos conseguidos a través de la recaudación, que

²¹⁰ “The levy . . . would be imposed on the sale of any consumer product or service whose value is substantially enhanced by P2P file sharing (as determined by a Copyright Office tribunal). Likely candidates include Internet access, P2P software and services, computer hardware, consumer electronic devices (such as CD burners, MP3 players, and digital video recorders) used to copy, store, transmit, or perform downloaded files, and storage media (like blank CDs) used with those devices. In return for imposing the NUL, the law would provide copyright immunity for individuals' noncommercial copying and distribution of any expressive content that the copyright owner has previously released to the public”. NETANEL, WEINSTOCK NEIL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, 17 Harv. J.L. & Tech. 1 (2003). Pág. 4. Referenciado en YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 704. (Traducción del autor)

*resultarían proporcionales a la popularidad relativa de su creación. Una vez este sistema se hubiera implantado, deberíamos modificar el Derecho de Autor para eliminar la mayoría de las prohibiciones vigentes sobre las reproducciones, distribuciones, adaptaciones y interpretaciones o ejecuciones no autorizadas sobre grabaciones de audio y video. La música y las películas estarían entonces disponibles de manera fácil, legal y gratuita”*²¹¹ .

En nuestro país, incluso autores de tanto peso como CARBAJO GASCÓN llegaron a considerar este modelo:

*“Habría que pensar, por tanto, en la imposición legal del canon por copia privada a los equipos y materiales que sirvan para la reproducción de contenidos protegidos a través de los sistemas P2P: extendido el canon a los soportes tangibles (CD-R y DVD-R audio y data), habrá que empezar a pensar en imponer el canon a los soportes intangibles; esto es, al hardware de almacenamiento: los discos duros de los ordenadores y otros equipos informáticos y también discos duros portátiles o instrumentos similares*²¹² .

Nos explica YU que todas estas propuestas se basan en el modelo de licencia obligatoria²¹³ . La idea no es nueva. La historia de las licencias obligatorias abarca desde la implantada sobre los primitivos “*piano rolls*” de principios de siglo, a la establecida en EE.UU. durante los años 80 sobre los DAT (“*Digital Audio Tape*”), pasando por la que se cobra sobre las retransmisiones por televisión por cable y por satélite. Es también el modelo de licencia obligatoria el utilizado en el

²¹¹ “A creator who wished to collect revenue when his or her song or film was heard or watched would register it with the Copyright Office. With registration would come a unique filename, which would be used to track transmissions of digital copies of the work. The government would raise, through taxes, sufficient money to compensate registrants for making their works available to the public. Using techniques pioneered by American and European performing rights organizations and television rating services, a government agency would estimate the frequency with which each song and film was heard or watched by consumers. Each registrant would then periodically be paid by the agency a share of the tax revenues proportional to the relative popularity of his or her creation. Once this system were in place, we would modify copyright law to eliminate most of the current prohibitions on unauthorized reproduction, distribution, adaptation, and performance of audio and video recordings. Music and films would thus be readily available, legally, for free”. FISHER, WILLIAM W. III, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment* 199-258 (2004). Pág. 202. Referenciado en YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 705. (Traducción del autor).

²¹² CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, 1ª Ed. Colex, Madrid, 2002.

²¹³ Ídem.

Reino unido para financiar la BBC, ya que se cobra a los ciudadanos una tasa sobre sus equipos de radio o televisión. Para YU, evidentemente el sistema europeo de la compensación equitativa por copia privada se podría encuadrar sin problemas en el modelo de licencia obligatoria, aunque no abarque sobre el papel las reproducciones no autorizadas realizadas a través de redes P2P y similares.

No obstante, en España se ha intentado implementar este modelo en la práctica basándose en su concepción teórica más radical (la de NETANEL o FISHER). La tasa en España se implantó sobre todo tipo de soportes y aparatos (aunque no sobre las conexiones de acceso a Internet o sobre los ordenadores personales). Es el famoso y ahora extinto canon digital ²¹⁴, que no discriminaba entre personas físicas y jurídicas en cuanto a su repercusión final, ni en términos jurídicos, tampoco en cuanto a los actos de reproducción que daban lugar a su cobro, lo cual terminó provocando su desaparición. Como he explicado más arriba, la tesis de este trabajo es que se intentó implantar en la práctica este modelo por la puerta de atrás, hasta que el TJUE se encargó de declararlo contrario a la normativa europea a través de la célebre Sentencia PADAWAN ²¹⁵.

Volviendo a YU, el célebre profesor norteamericano encuentra varios potenciales problemas a este modelo, problemas que al lector iniciado en la realidad española muy probablemente le resultarán familiares:

- a. Este sistema probablemente plantearía problemas dada la dificultad inherente al reparto justo de royalties. La Sociedad General de Autores de España (en adelante, SGAE) recaudó durante el año 2010 más de 365 millones de euros (unos 145 procedentes del canon), y una cifra análoga durante los cuatro años anteriores ²¹⁶. No por casualidad estos fueron los años en los que el sistema descrito en el párrafo anterior estuvo vigente en España. Dado que la SGAE, como todas las Entidades de gestión, cobra un porcentaje sobre la

²¹⁴ Operado por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; y que modificó entre otros el artículo 25 de la LPI.

²¹⁵ Sentencia de la Sala 3ª del TJUE de 21 de octubre de 2010. Caso “PADAWAN”.

²¹⁶ *Los ingresos de la SGAE crecieron el año pasado un 7,7% respecto a 2009*. Diario El País. 25 de abril de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/04/25/actualidad/1303682403_850215.html, (consultado por última vez el 28 de noviembre de 2012).

recaudación que no se distribuye a los titulares de derechos, y este porcentaje también incluía el canon digital, la SGAE se vio de pronto manejando un presupuesto astronómico; lo cual no hubiera representado ningún problema de no ser por la opacidad que mostró en la gestión de sus recursos, lo cual a su vez también provocó una utilización presuntamente poco ética de estos fondos procedentes del cobro indiscriminado del canon. Este presunto desvío de los fondos de la SGAE, perpetrado por algunos de sus responsables durante estos años de vacas gordas, resultó a la postre en un expolio de los recursos de la Entidad de Gestión, y consecuentemente en un perjuicio a sus representados, los autores ²¹⁷. Al final, las presuntas acciones poco limpias por parte de la Directiva anterior de la SGAE han supuesto un daño quizá irreparable no ya a la imagen de la SGAE, sino a la propia fuerza ejecutiva de la norma social sobre el Derecho de Autor.

- b. Lo recaudado a través de la tasa podría no resultar suficiente para compensar a los titulares de derechos de autor por el uso generalizado y gratuito de sus obras. Además, al menos en teoría, aparatos con gran capacidad de almacenaje (prácticamente todos disponen de esta gran capacidad hoy en día), en teoría deberían pagar un canon más elevado.
- c. Los usuarios con bajo o nulo nivel de descargas terminarían pagando la factura de los usuarios con un alto nivel de descargas. En palabras de JANE GINSBURG, *“desde la perspectiva de los usuarios, un sistema de “buffet” no representa necesariamente la mejor fórmula, al menos no para aquellos cuya dieta de obras sujetas al Derecho de Autor es más modesta”* ²¹⁸. Además, los servicios de Internet terminarían eventualmente resultando

²¹⁷ V. *Fiscalía Anticorrupción investiga a la SGAE*, Diario El País, 30 de junio de 2011, Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/06/30/actualidad/1309424461_850215.html, (consultado por última vez el 28 de noviembre de 2012); PRIETO, DARÍO, Teddy Bautista deja la presidencia de la SGAE tras el escándalo de corrupción, diario El Mundo, 12 de julio de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/07/12/cultura/1310482969.html>, (consultado por última vez el 28 de noviembre de 2012); FLORES, ANA, *“Tenemos que estar preparados para más irregularidades de Teddy”*; Diario Público, 25 de noviembre de 2011, disponible en <http://www.publico.es/culturas/403218/tenemos-que-estar-preparados-para-mas-irregularidades-de-teddy>, (consultado por última vez el 28 de noviembre de 2012). V. *Sastrón: “La SGAE se encuentra al borde de la quiebra... y no decirlo es mentir”*, Diario El País, 22 de marzo de 2012, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/03/21/actualidad/1332359791_400533.html, (consultado por última vez el 28 de noviembre de 2012).

²¹⁸ *“From the user's point of view, “all you can eat” is not necessarily the best formula, at least not for those whose diet of copyrighted works is modest.”* GINSBURG, JANE, *Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination*, Columbia Law Review. Vol. 101, 1644-45 (2001) Pág. 1644. Referenciado en YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 710. (Traducción del autor).

más caros para la totalidad de los usuarios, incrementando la discriminación digital o “*digital divide*”.

- d. Existiría además un problema de competencia en términos de “*mercado gris*” con países que no aplicaran el canon digital. Por ejemplo, de acuerdo a la norma de “*trato nacional*” incluida en los Tratados sobre Derecho de Autor, los titulares de derechos de autor pertenecientes a países que no reconocieran en sus legislaciones el límite de copia privada, y por tanto tampoco la remuneración compensatoria que deriva de este, recibirían una parte de lo recaudado en España por este concepto; mientras que los titulares de derechos de autor no recibirían (no recibían, no reciben) nada por este concepto.
- e. Es un sistema que puede generalizar la copia y descarga no autorizada (sacándola de los terrenos marginales). Esto, sin duda, es lo que ha ocurrido en España.
- f. Supone una pérdida de libertad de los titulares de derechos en cuanto a cómo comercializar (o no comercializar) sus obras.

Este último problema o consecuencia de la implantación de este modelo no es baladí, por lo que supone de pérdida de control de los autores y asimilados legales a estos sobre sus derechos de propiedad intelectual. En EE.UU., el Tribunal del célebre caso NAPSTER ²¹⁹, y desde una perspectiva muy americana, criticó el ataque al ejercicio de la libertad de mercado que para los titulares de derechos de autor suponen las descargas ilícitas:

“El imponer [a los demandantes y a NAPSTER] un régimen compulsivo u obligatorio de pago de royalties otorgaría a NAPSTER una salida fácil de este caso. Si se impusiera [este régimen de] royalties, NAPSTER evitaría cualquier pena por cualquier futura violación de las medidas preliminares, el pago por daños establecido por la Ley, y cualquier posible condena penal por infracción continuada. El régimen de royalties también garantizaría a NAPSTER el lujo de elegir si seguir pagando royalties o cerrar. Por otro lado, se obligaría a las partes perjudicadas a hacer negocios con una empresa que se beneficia del uso

²¹⁹ A&M RECORDS, Inc. v. NAPSTER, INC., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

*injusto de la propiedad intelectual. Los demandantes perderían el poder de control sobre su propiedad intelectual: no podrían tomar la decisión empresarial de no licenciar su propiedad a NAPSTER; y en caso de que planearan entrar en una relación empresarial con NAPSTER, la existencia de los royalties obligatorios se llevarían por delante la capacidad de los titulares de derechos de negociar los términos de cualquier acuerdo contractual”*²²⁰ .

Por ello, conectando con el párrafo anterior extraído de la Sentencia NAPSTER, y tal y como hemos señalado anteriormente, no parece que la implantación de un sistema de licencias compulsivas u obligatorias, aparejado a una liberalización de la copia libre y gratuita en el ámbito de la Red, resulte posible de acuerdo con los diversos Convenios Internacionales existentes sobre propiedad intelectual. Especialmente parece obvio que este modelo, aplicado tal y como el límite de copia privada se ha aplicado en España en la práctica, no superaría en ningún caso el examen derivado de la regla de los tres pasos ²²¹ .

En el caso español, algunos se atrevían a argumentar sin ninguna base jurídica que el pago de un canon indiscriminado violaría la presunción de inocencia (institución jurídica que está para otras cosas más serias), puesto que presupondría que todos los usuarios en los que se repercutiera esta estarían sin duda realizando descargas no autorizadas e ilícitas en el ámbito de la Red. No obstante, no se puede desdeñar sin más la construcción mental (que no es jurídica, pero sí -si se quiere- intuitiva) subyacente a este tipo de argumentos, ya que estos prestablecían lo que ya estaba en la mente de todos: que lo que realmente se estaba pagando era un canon sobre la piratería, no estrictamente sobre la copia privada. El nuevo Gobierno del PP en su momento zanjó el asunto eliminado el canon y trasladando la carga de compensar a los autores a los Presupuestos Generales

²²⁰ “*Imposing a compulsory royalty payment schedule would give Napster an "easy out" of this case. If such royalties were imposed, Napster would avoid penalties for any future violation of an injunction, statutory copyright damages and any possible criminal penalties for continuing infringement. The royalty structure would also grant Napster the luxury of either choosing to continue and pay royalties or shut down. On the other hand, the wronged parties would be forced to do business with a company that profits from the wrongful use of intellectual properties. Plaintiffs would lose the power to control their intellectual property: they could not make a business decision not to license their property to Napster, and, in the event they planned to do business with Napster, compulsory royalties would take away the copyright holders' ability to negotiate the terms of any contractual arrangement*”. Ídem. Pág. 1028-29. (Traducción del autor).

²²¹ GEIGER CHRISTOPHE, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, e-Copyright Bulletin, enero-marzo 2007. Pág. 9.

del Estado ²²², aunque tal y como está la legislación en materia de protección de los derechos de autor en la Red, en realidad los titulares de derecho han salido perdiendo con el cambio, puesto que compartir obras sujetas al Derecho de Autor en la Red sigue siendo de hecho lícito, y encima no existe una retribución compensatoria adecuada por razón de la piratería, dado que el importe de la cantidad que el Estado otorga a las Entidades de gestión es sólo un porcentaje mínimo de lo que se solía recaudar en los momentos de esplendor del canon ²²³. De hecho, según las Entidades de gestión, han pasado de recaudar 140 millones de euros al año por este concepto a 5 millones en el 2013 (es decir recaudan un poco más de un 4% de lo que solían). De hecho, lo que se recauda ni siquiera sería suficiente para compensar a los titulares de derechos por el límite de copia privada tal como está redactado en su concepción canónica (es decir, sin incluir la piratería), pero no en su concepción enviciada, y en este sentido apuntan las reformas legales previstas. No obstante, la reforma dibujada por el Gobierno Español tiende a modificar el límite de copia privada para devolverlo a su concepción restrictiva primigenia; precisando que las copias privadas realizadas para satisfacer las necesidades de “*space-shifting*”, “*time-shifting*”, o “*format-shifting*” acarrearán a los titulares de derechos un perjuicio tan reducido que no dan lugar a compensación equitativa; lo cual ya ha sido criticado por un informe del Consejo General del Poder Judicial. A mi juicio, la única solución efectiva en este punto sea eliminar totalmente el límite de la LPI. Volveremos sobre este crucial punto en su momento, y lo trataremos con la profundidad que se merece

1.6.3 **Modelo de licencias colectivas voluntarias.**

El modelo de licencias colectivas voluntarias es una propuesta en la cual la industria de la música (y suponemos que este modelo sería trasplantable a todas las industrias de contenidos) formaría una entidad de gestión colectiva independiente, que licenciaría todo su catálogo para ser compartido a través de las redes P2P o similar a cambio de una suma mensual que deberían abonar en contrapartida los usuarios (pongamos 5 euros al mes). Esta suma se repartiría colectivamente entre los titulares de derechos de explotación siguiendo el sistema establecido para el reparto que

²²² Es de señalar que la eliminación de la tasa o canon digital, y la asunción de la carga de compensar a los autores por el límite de copia privada por el erario público también ha sido contestado por algunos sectores, aunque con muchísima más virulencia. Se aducen razones como que ahora el pago va a cargo de todos los contribuyentes, incluso los que nunca han utilizado un ordenador; por lo cual resulta aún más indiscriminado si cabe.

²²³ V. CRIADO, MIGUEL ANGEL, *El canon con el PP: de tasa abusiva a impuesto indiscriminado*. Diario Público, 2 de enero de 2012. Disponible en (<http://www.publico.es/ciencias/414933/el-canon-con-el-pp-de-tasa-abusiva-a-impuesto-indiscriminado>, (consultado por última vez el 28 de noviembre de 2012)

hemos explicado para el modelo anterior. Los artistas podrían entrar en este sistema o no, a su voluntad. Es un modelo similar al que se utiliza por las radios comerciales en EE.UU. Los problemas que YU encuentra en este sistema son los siguientes ²²⁴ :

- a. La suma mensual que deberían abonar los usuarios se incrementaría inevitablemente a medida que obras distintas de las obras musicales se compartieran por los usuarios a través de la Red.
- b. Sufre además de las mismas contraindicaciones que las licencias compulsivas u obligatorias:
 - Potenciales dificultades al efectuar el reparto de lo recaudado entre los titulares de derechos.
 - La potencial falta de fondos suficientes para compensar a la vez a los artistas, compositores, y titulares de otros derechos.
 - Los usuarios que tengan poco o nulo volumen de descargas pagarán lo mismo que los que realicen un gran volumen.
 - Se reforzará impresión entre la sociedad en su conjunto de que toda obra sujeta al Derecho de Autor es susceptible de ser compartida sin más.
- c. Muchos usuarios permanecerían fuera del sistema provocando que este eventual e irremediablemente quiebre.

1.6.4 **Modelo de contribuciones voluntarias.**

Este modelo es consecuencia de una visión altamente optimista, casi idílica, tanto de la Red como de sus usuarios. Básicamente el modelo de contribuciones voluntarias implica que a los autores y artistas se les compensaría por la reproducción libre de sus obras a través de una contribución económica voluntaria que sólo los usuarios que lo desearan pagarían, en la cuantía que asimismo considerasen oportuna en el momento de descargarse la obra. Se intenta en suma eliminar a la

²²⁴ YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 715.

industria de contenidos de la ecuación, confiando la supervivencia de los distintos creadores en la “bondad de los extraños”. Es un modelo defendido por las posiciones radicalistas más extremas, y tanto ellos como su modelo se encuentran manifiestamente desconectados de la realidad, o nos hallamos ante un ejercicio de cinismo sin precedentes y, francamente, no sabría decir cuál de estas dos alternativas que se me ocurren para explicar que alguien se atreva a sugerir un modelo como este con el objeto de solucionar la “crisis digital” es peor.

Por su parte, YU señala acertadamente a que “*muchos comentaristas [legales] y ejecutivos de la industria creen que “la mayoría de los consumidores (...) infringirán el Derecho de Autor siempre que puedan a no ser que se les disuada de hacerlo por miedo a un castigo”* ²²⁵ . Como nos ha enseñado la teoría económica, los consumidores tienen una visión muy limitada que les marca su propio interés y tienden a maximizar sus utilidades aprovechándose de los esfuerzos ajenos” ²²⁶ . Desde esta perspectiva, el Derecho de Autor es necesario para generar incentivos a los autores para crear y diseminar obras con valor social, porque estos actos de “free-riding” o vampirización en última instancia obligarían a bajar los precios y resultarían en un descenso en la producción de obras sujetas al Derecho de Autor” ²²⁷ .

YU además señala que de la observación empírica realizada sobre los experimentos de reducción a la práctica de este modelo que se han acometido hasta la fecha se pueden subsumir tres patrones o submodelos:

- a. El “*modelo rescate*” ²²⁸ . Este es el modelo con el que el escritor STEPHEN KING experimentó en dos ocasiones. KING colgó exclusivamente en la Red su novela corta “*Riding the Bullet*”. Los usuarios que quisieran descargársela debían pagar un precio de

²²⁵ BARTOW, ANN, *Electrifying Copyright Norms and Making Cyberspace More Like a Book*, Vill. L. Rev., Vol. 48. Pág. 62. (2003). Referenciado en YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 715.

²²⁶ BRUBAKER, EARL R. *Free Ride, Free Revelation, or Golden Rule?*, J.L. & Econ. Vol. 18 (1975). Referenciado en YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 716.

²²⁷ “Many commentators and industry executives believe that “most consumers . . . will infringe copyrights at every opportunity unless they are dissuaded from doing so by the fear of punishment.” As economic theory has shown, consumers have a narrow view of self-interest and tend to maximize utility by free-riding on others' efforts. From this perspective, copyright is needed to generate incentives for authors to create and disseminate works of social value, because free riding will ultimately drive down prices and result in underproduction of copyrighted works”. YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 715. (Traducción del autor).

²²⁸ “Ransom model”. YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 718.

2.50\$. Más de 400,000 copias se descargaron legalmente durante las 24 horas posteriores a su publicación ²²⁹ . No obstante, un “*hacker*” eludió las medidas tecnológicas que protegían el libro, y en breve este se halló disponible en toda la Red de manera gratuita, lo que dio al traste con el experimento. Conclusión: La inmensa mayoría de los usuarios sólo pagarán si necesariamente deben hacerlo así para acceder a la obra, si no disponen de otra alternativa ilícita más o menos sencilla y gratuita (aunque la necesidad o exigencia de un alto grado de habilidad informática para acceder a obras protegidas por el Derecho de Autor de manera ilícita y gratuita, como el uso de encriptaciones avanzadas, disuadirá a la gran mayoría de los usuarios de acceder a las obras ilícitamente).

KING realizó aun un segundo intento con el objeto de demostrar la viabilidad de las contribuciones voluntarias en línea como modelo eficiente de negocio en explotación de obras de creación en la Red. El autor norteamericano colgó en la Red el primer capítulo de su novela “*The Plant*”. En lugar de reclamar el pago con anterioridad a que los usuarios accedieran a la novela, y a causa de su fallido experimento anterior, KING exigió a los usuarios que pagaran 1\$ por capítulo (posteriormente incrementaría esta cuota a 2\$), se comprometió a seguir publicando los capítulos subsiguientes sólo en el caso que el total de lo que recibiera en este concepto equivaliera a $\frac{3}{4}$ de las descargas totales ²³⁰ . El resultado no fue el esperado por KING: en un principio los usuarios pagaron el precio exigido por el autor de Maine de manera masiva; en una segunda fase algunos usuarios maquillaban artificialmente el porcentaje pagando un precio más alto para compensar así por los que no pagaban nada; en una tercera fase la media aritmética realizada entre las descargas de la novela mostraba que menos de la mitad de los usuarios habían pagado su parte. KING suspendió el proyecto, y “*The Plant*” es más de diez años después una obra inconclusa. Conclusión: No se puede esperar que los usuarios paguen por algo que pueden conseguir gratis de manera permanente y continuada, por mucho que se quiera probar una tesis. Estamos hablando de bienes que no son de primera necesidad, y (más importante) de seres humanos.

²²⁹ Ídem.

²³⁰ Ídem.

- b. El modelo “propina”. En este modelo los usuarios contribuirían voluntariamente por cada obra que se descargaran, de acuerdo a una aportación mínima o máxima sugerida. De esta manera se evitaría (según YU) el error que cometió KING, que no es otro que considerar que todos los usuarios son iguales y consecuentemente deben contribuir lo mismo. Aunque YU tiene razón al apuntar que la gente da propinas sobre todo cuando existe una norma social que lo impone, tal norma social no tiene fuerza efectiva en Internet, donde las personas actúan (más que en ningún otro ámbito social) de manera anónima ²³¹, y por tanto no se enfrentan a ningún tipo de censura social resultante de ser tacaños o insolidarios. Este submodelo está asimismo condenado al fracaso. No hay que olvidar que hay gente que gana mucho dinero con las descargas no autorizadas, ya sea manteniendo redes de enlaces, o proveyendo de soporte legal y doctrinal a estas. Muchos usuarios quieren escuchar que en la Red todo es gratis, y siempre hay alguien dispuesto a decírselo, normalmente por un precio.
- c. El modelo “código de honor”.

Este modelo se basa en la existencia de un código de honor implícito entre los usuarios y los autores o artistas que funciona de la siguiente manera: Nosotros (los artistas) os cedemos a vosotros (los usuarios) nuestro arte en forma de obra descargable y disfrutable en la Red y no os pedimos nada a cambio, excepto la voluntad. Vosotros (los usuarios) sabéis que la realización de esta obra cuesta dinero, y que nosotros (los artistas) tenemos que vivir de lo que recaudemos por su divulgación; así que lo honorable es que aportéis lo que buenamente podáis a la causa, dependiendo de vuestra situación económica. Es el (también fallido) submodelo que intentó poner en práctica el talentoso grupo musical “Radiohead”.

En el año 2007, la banda de rock “Radiohead” colgó su álbum “In Rainbows” en una web construida “ad hoc” para que todo aquel que quisiera se lo descargara; bien de manera

²³¹ Es célebre la viñeta de la revista “New Yorker” en que un perro se halla sentado frente a un ordenador; mientras le explica a otro can que lo mira desde el suelo. -“En Internet, nadie sabe que eres un perro”-. Podríamos añadir: -“En internet, nadie sabe si pagas”.

gratuita, bien pagando el precio sugerido por la banda. Algunos usuarios aportaron por la descarga una cifra mucho más elevada que la aportación sugerida por la banda; algunos se circunscribieron más o menos a la aportación sugerida; y otros muchos se descargaron el álbum sin aportar nada en absoluto. La novedad del método, unida la fidelidad de algunos “fans” provocó que la banda recaudara en principio bastante dinero de este experimento (que por cierto no han repetido). No obstante, pronto se supo que la mayoría del dinero recaudado por “*In Raimbows*” procedió de usuarios que compraron el álbum con anterioridad a la fecha en que este se podría descargar (las ventas pre-publicación son una práctica común en la industria discográfica americana)²³². Además, lo verdaderamente irónico y destacable de este experimento es que más de 240.000 usuarios se descargaron el álbum de manera ilícita a través de redes P2P durante su primer día de disponibilidad para su descarga en la Red, aunque estos usuarios disponían de la opción de descargárselo de manera asimismo gratuita, amén de lícita, desde la propia web del grupo. El único requerimiento que la banda puso a los usuarios para descargar el álbum fue que se registraran en la propia web, dejando su dirección postal y de correo electrónico; pero Incluso este pequeño requerimiento para muchos usuarios era pedir demasiado. Para DOUG LICHTMAN, profesor de propiedad intelectual en la UCLA, “*Si la comunidad [de usuarios] rechaza incluso experimentos que miran al futuro como este, se está haciendo un daño real a la próxima generación de experimentación y cambio*”.²³³ Conclusión: si los usuarios utilizaron las redes P2P incluso cuando disponían de una alternativa lícita y autorizada gratuita, es que el sistema está quebrado, y es tiempo de arreglarlo de la única manera posible: haciendo que se respete la Ley. Estamos hablando de una de las bandas más populares del mundo, con una base de seguidores cuya fidelidad raya en lo religioso; amén de un experimento extensamente publicitado. ¿Se imaginan ustedes qué ocurriría a la industria si el modelo alternativo de contribuciones voluntarias terminara siendo la norma? ¿Deberían pagar los propietarios de una discográfica a sus técnicos de la misma

²³² COYLE, JAKE, *Radiohead's experiment rocks music industry*, Associated Press, 24 de octubre de 2007. Disponible en http://www.msnbc.msn.com/id/21456074/ns/technology_and_science-internet/t/radioheads-experiment-rocks-music-industry/, (consultado por última vez el 5 de diciembre de 2012).

²³³ “*If the community rejects even forward-thinking experiments like this one, real harm is done to the next generation of experimentation and change*”. GREENBERG, ANDY, *Free? Steal It Anyway*, Forbes Magazine, Disponible en http://www.forbes.com/2007/10/16/radiohead-download-piracy-tech-internet-cx_ag_1016techradiohead.html, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

manera?

1.6.5 **Modelo de protección tecnológica.**

Un gran número de autores apuntan, esta vez de manera realista, a que la solución real al “*dilema digital*” podría estar en el empleo de medidas tecnológicas de protección (o “*Technological Protection Measures*”, TPM en su acrónimo inglés). Hemos mencionado anteriormente la celeberrima frase de CLARK “*La respuesta a la máquina está en la máquina*”²³⁴, y también hemos visto que LAWRENCE LESSIG ha escrito abundantemente sobre la creciente importancia de la inserción de “*código*” para asegurar el control por parte de los titulares de derechos del uso no autorizado de sus obras de creación en la Red. No obstante, tal y como el mismo LESSIG apuntaba, la existencia de medidas tecnológicas de protección por sí misma no basta para combatir la piratería. La existencia de una legislación que efectivamente proteja los derechos de autor se ha de acompañar con una protección efectiva y severa contra los actos de elusión de las medidas tecnológicas. En este sentido, MYERS realiza la siguiente analogía: “*si el contenido sujeto al Derecho de Autor se pudiera imaginar como un club exclusivo, las medidas de control de acceso serían los porteros del club. Mientras la infracción de la Ley sobre Derecho de Autor regula los actos que la persona realiza dentro del club, la “Digital Millenium Copyright Act” (en adelante DMCA) criminaliza a quienes se cuelan en el club, o directamente eliminan a sus porteros*”²³⁵.

Así, tal y como sostiene acertadamente HUGENHOLTZ, en realidad descubrir a quienes realizan actos de piratería en la Red sobre obras de creación resulta un trabajo bastante sencillo para sus titulares de derechos. Una simple indagación a través de un buscador convencional, o el uso de “software” un poco más sofisticado, como los programas “araña web” (o “*web crawlers*”) permiten descubrir la fuente de las reproducciones ilícitas y no autorizadas con cierta facilidad. HUGENHOLTZ identifica hasta cuatro categorías de medidas tecnológicas de protección; y aquí

²³⁴ “*The answer to the machine is in the machine*” frase formulada por CHARLES CLARK, editor y experto en derechos de autor. Este célebre aforismo se puede encontrar en: HUGENHOLTZ, P. BERNT (Editor.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, The Hague: Kluwer Law International, Pág. 139.

²³⁵ “*If copyrighted content can be thought of as an exclusive club, access control schemes are the bouncers. The bouncers allow only authorized users and programs into to the club. Whereas copyright infringement deals with what a person does in the club, the DMCA criminalizes sneaking past or removing the bouncers*”. MYERS, PATRICK J., *Some New (and Some Rejected) Exemptions to the Digital Millennium Copyright Act*, Pillsburylaw.com, 20 de noviembre de 2012, Disponible en <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/Alert20121120IntellectualPropertySomeNewandSomeRejectedExemptionstotheDigitalMillenniumCopyrightAct.pdf>, (consultado por última vez el 28 de noviembre de 2012). (Traducción del autor).

seguiremos su esquema ligeramente modificado. Así existen: (1) Los “*sistemas de acceso condicional*” (“*Conditional Access Systems*”), que sirven a los titulares de derechos (como su propio nombre indica) para controlar el acceso de los usuarios a un servicio de entretenimiento o información; (2) los “*sistemas anti-copia*”, destinados a prevenir la reproducción y posterior utilización de ciertos productos, o el acceso y uso no autorizado de ciertos servicios; (3) Los “*sistemas de identificación y búsqueda en la Red*”, tanto de copias de obras protegidas por el Derecho de Autor, como de sus actos de reproducción no autorizada; y (4) las “*medidas tecnológicas destinadas a garantizar la integridad de la obra, a asegurar la autenticidad de la obra, o a mostrar el origen de la obra en la Red*”²³⁶. De momento dejaremos este tema aparcado aquí, pero lo recuperaremos más adelante para abundar en los aspectos jurídicos de la relación de las medidas tecnológicas de protección con el límite de copia privada. No obstante, hay que advertir que no entraremos a fondo en el aspecto tecnológico de las diferentes medidas de protección en sí, ya que este es un trabajo jurídico, y además ya existe quien publica libros de apariencia jurídica que consisten en una sucesión inane de anécdotas relacionadas con la tecnología²³⁷.

Lo que nos interesa reseñar aquí es que las medidas tecnológicas de protección, tal y como apunta YU, independientemente de su indudable perfeccionamiento técnico en un futuro más o menos cercano, a día de hoy aún resultan aún vulnerables. Así, nos explica YU que “*aunque las medidas de protección tecnológicas permiten a los titulares de derechos de autor perder su función protectora cundo se desenscriptan*”²³⁸. *Todavía peor, una vez que la llave desenscriptadora se pone al alcance del público, la obra sujeta al Derecho de Autor se encontrará disponible no sólo para aquellos usuarios proficientes en informática quienes han triunfado en su afán de romper el*

²³⁶ HUGENHOLTZ, BERNT, *Code as Code, or the End of Intellectual Property as We Know it*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Maastricht 1999. Pág. 6.

²³⁷ Por ejemplo: DANS, ENRIQUE, *Todo va a cambiar*, Deusto Ediciones, Bilbao, 2011.

²³⁸ La encriptación de copias digitales aún es una de las medidas tecnológicas más útiles para los titulares de derechos: Nos lo explica HUGENHOLTZ: “*El alambre de espinos digital se llama encriptación. Al utilizar información comercial encriptada los productores de información pueden prevenir los actos de acceso no autorizado a sus servicios o productos de información. El acceso se permite únicamente a aquellos en posesión de la llave [digital] adecuada*”. “*The digital barbed wire is called encryption: the encoding of information. By using encryption commercial information producers can prevent the unauthorised access to their information services or products. Access is allowed only to those in possession of the right key*”. Ídem. Pag. 5. (Traducción del autor).

código, sino para todos los no tan sofisticados usuarios del mundo entero”²³⁹. Por ello, las medidas tecnológicas sin protección legal, a pesar de que cada día resultan más efectivas y sofisticadas, no suponen hoy en día más que un “*pequeño bache que [simplemente] frustrará a aquellos usuarios que quieran copiar ilegalmente*”²⁴⁰.

No obstante, aún resultando cierto que no se pueden suprimir efectivamente todos los métodos de elusión de medidas tecnológicas, tal y como propone JANE GINSBURG²⁴¹, lo que hay que intentar conseguir es reducir al mínimo el mercado de descodificadores ilícitos, aunque nunca se pueda acabar del todo con él. Razona la profesora americana que con anterioridad a la Sección 1201 de la Ley sobre Copyright americana, que prohíbe con extrema dureza la elusión de las medidas tecnológicas, existía la Ley sobre telecomunicaciones que establecía sanciones penales sobre la compra de “*cajas negras*” descodificadoras de señales de televisión por cable. Esta Ley no hizo desaparecer el mercado de cajas negras ilícitas totalmente, puesto que algunas personas siguieron comprando este tipo de descodificadores ilícitos a pesar de su constancia sobre su ilicitud. No obstante, se redujo el mercado para estos productos de tal manera que las empresas dedicadas a la televisión por cable pudieran continuar ofreciendo su contenido de pago sin incurrir en pérdidas o verse obligadas a echar el cierre y desaparecer. Del mismo modo, en España se ha de endurecer la legislación aunque los titulares de derechos son conscientes del carácter evolutivo de la Red, y de no cabe duda de que aparecerán nuevas tecnologías destinadas a facilitar el consumo ilícito de obras protegidas por el Derecho de Autor. Entonces, lo que se ha de intentar conseguir es quebrar la facilidad con que se puede acceder ilícitamente a obras protegidas por el Derecho de Autor en España, y reorientar a la multitud de usuarios que utiliza las webs que vulneran los derechos de autor hacia la oferta lícita²⁴²; aunque claro, para ello hay que crear

²³⁹ “*Although copy protection technologies allow copyright holders to lock up creative works, these technologies lose their protective function when they are decrypted. Even worse, once the decryption key is disclosed, the copyrighted work will become available not only to those “techies” who successfully broke the code but also to unsophisticated users around the world*”. YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 722. (Traducción del autor).

²⁴⁰ “*...a speed bump that will frustrate people who want to copy illegally*”. Ídem.

²⁴¹ EDMUNSON, JESSICA y TOWNSEND GARD, ELIZABETH, *Conversations with Renowned Professors and Practitioners on the Future of Copyright*, *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, Vol. 14, 2011. Pág. 9.

²⁴² Muchas de las webs ilícitas de enlaces identificadas como vulneradoras de los derechos de autor se encuentran entre las 200 más visitadas de España. CRIADO, MIGUEL ANGEL, “La lista de Sinde” [En línea], *Diario Público Digital*, 9 enero de 2012, <http://www.publico.es/culturas/415909/la-lista-de-sinde>. [consulta 9 de enero de 2012].

primero una oferta lícita amplia y eficaz en un mundo cada vez más pequeño; pero eso es otra historia.

Siguiendo con GINSBURG, nos explica la gran autora norteamericana que la idea subyacente bajo la Sección 1201 de la ley de Copyright de EE.UU.²⁴³, no es solamente la de poner los decodificadores ilegales fuera de la Ley, sino también la de ayudar a la creación de un nuevo mercado en el cual se desarrollen nuevos modelos de negocio basados en la discriminación de precios, y que se encuentre protegido por un control del acceso a través de la tecnología. Pone GINSBURG el ejemplo de la comunicación de obras audiovisuales vía “*streaming*”, que se encuentra protegida por medidas tecnológicas: bien controlando el acceso de los usuarios a la web que ofrezca estos servicios; bien provocando que el archivo que contenga la obra se borre pasado un tiempo (por ejemplo, una semana) desde que el usuario la descargó. Evidentemente este modelo se ofrecerá al usuario a un precio más económico del que se le cobraría por una descarga que pudiera conservar indefinidamente (al estilo de un DVD). Estas alternativas existen actualmente en EE.UU., y el autor de este trabajo puede dar fe de que se han desarrollado de manera asombrosa durante los últimos dos años; mientras que, en España no se han desarrollado aún, sobre todo porque resulta imposible competir con la oferta ilícita gratuita²⁴⁴. De ahí que la Ley haya de dejar muy claro que la elusión de medidas tecnológicas por parte del usuario resulta inaceptable en todo caso, aun cuando el comunicador en línea ofrezca obras que estén en el dominio público, o vulnere alguno de los límites a los derechos patrimoniales. No parece mala idea que exista un organismo “*ad hoc*” que controle los abusos cometidos por los titulares de derechos; pero permitir a los usuarios eludir las medidas tecnológicas por si mismos resulta (repito) inaceptable, porque supone de hecho supone eliminar su efectividad, y destruir la posibilidad de que se desarrollen modelos nuevos de negocio en el ámbito del mercado digital.

Existe además un problema bastante novedoso, que representa la otra cara del avance tecnológico,

²⁴³ Dedicada enteramente a la prohibición legal de la elusión de medidas tecnológicas.

²⁴⁴ El director de la Coalición y secretario general de la Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual (FAP), José Manuel Tourné, señala que “*la oferta legal ya existe, y lo lógico es que ésta aumente cuando aumente la seguridad de retorno de la inversión*”. “*Ocurrió con el vídeo doméstico a principios de los años 80, yo lo viví*”, recuerda Tourné, y añade: “*Al principio el 90% era 'pirata, pero en el 83 la cosa cambió gracias a una nueva normativa (Real Decreto 2332/83, de 1 de septiembre) y a la labor del juez Carlos Dívar al frente del juzgado número 4 de la Audiencia Nacional*”. ROMERO, PABLO, ¿Existe una sola “Lista de Sinde” o existen varias?, *Diario El Mundo Digital* [en línea], 9 de enero de 2012, <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/09/navegante/1326113903.html> [visitado el 9 de enero de 2012].

y es que los titulares y suministradores de herramientas informáticas que tienen por objeto reproducir obras de manera no autorizada, también se aprovechan de los últimos avances tecnológicos para no ser localizados y desarticulados. Por ejemplo, la web buscador de “torrents” “*The Pirate Bay*” ha colocado sus servidores en la nube, lo cual hace casi imposible que se pueda aprehender estos físicamente por parte de la policía. No obstante, sigue existiendo un talón de Aquiles, y es que los proveedores de acceso a Internet pueden desconectar estos servidores ²⁴⁵ . Por ello, no falta quien defienda que la clave de la “victoria final sobre las fuerzas del mal” se encontrará en el cambio de actitud de los proveedores de acceso a Internet ante la piratería en línea, puesto que hipotéticamente al entrar los proveedores de acceso a Internet en el negocio de la explotación de contenidos serán ellos quienes terminen finalmente con la piratería (y tienen métodos para hacerlo, puesto que no olvidemos que estos contratan con el usuario, y pueden resolver tal contrato si el usuario utiliza el servicio de conexión a Internet para quebrantar la Ley).

No obstante, si queremos ser intelectualmente honestos, no podemos dejar de señalar que también los titulares de derechos emplean “tácticas de guerrilla” para desalentar a quienes aún se descargan obras en la Red. TOLOUMIS nos explica algunas de estas tácticas:

“Las firmas privadas utilizan generalmente cuatro técnicas anti-piratería: de señuelo (“decoying”), de burla (“spoofing”), de enjambre (“swarming”), de interdicción (“interdiction”). El uso de señuelos comprende la utilización de archivos vacíos de contenido, o que simplemente contengan el tráiler de la película infiltrados en las redes P2P. Estos archivos parecen auténticos pero no contienen el contenido buscado por el usuario. Por tanto, de acuerdo con la empresa MediaDefender, aunque esta solución no erradica completamente la piratería, sí disuade a los usuarios de manera efectiva puesto que a veces resulta más fácil encontrar “una aguja en un pajar” que localizar un archivo operativo entre una maraña de señuelos. Las técnicas de burla se utilizan para desviar una búsqueda de un archivo en particular y dirigir a quien busque el archivo hacia una localización inexistente. La técnica de enjambre consiste en colocar partes de archivos

²⁴⁵ STURM, CONY, *The Pirate Bay se aloja en la nube y se vuelve “a prueba de allanamientos”*, Fayerwayer.com. Disponible en <http://www.fayerwayer.com/2012/10/the-pirate-bay-se-aloja-en-la-nube-y-se-vuelve-a-prueba-de-allanamientos/>, (consultado por última vez el 7 de diciembre de 2012).

*que contengan parásitos o nada en absoluto en las redes Bit-Torrent con el objeto de que el archivo ficticio disminuya la velocidad del proceso de descarga. La técnica de interdicción previene la distribución de archivos disminuyendo la difusión de nuevos archivos que contengan obras mediáticas a los pocos días de que se filtre el archivo. Existe aún otra técnica, que consiste en permitir la descarga de un archivo hasta el 97% para lo liberar después las partes restantes. Todas estas técnicas están diseñadas para frustrar a los usuarios con el objeto de que busquen fuentes lícitas para disfrutar del contenido buscado, al menos por el tiempo suficiente para que los productores de la obra puedan sacar un beneficio de su explotación”*²⁴⁶.

Pues bien, estas técnicas, que desde luego no podemos considerar de guante blanco²⁴⁷, y que sólo se explican en una situación de desprotección legal, han conseguido que muchos usuarios migraran desde las redes P2P hacia otros sistemas bien lícitos, bien ilícitos pero más seguros. El destino más claro entre los segundos (al menos hasta su caída en desgracia) ha sido el de MEGAUPLOAD, donde los archivos ilícitos (que además se ofrecían en “*streaming*”) contenían efectivamente el contenido prometido al usuario: bien porque este contenido presuntamente se supervisaba por parte de los propios responsables de MEGAUPLOAD, o bien porque se cargaba el contenido ilícito en esta web de almacenamiento por parte de los propios responsables de las webs de enlaces, que luego además proporcionaban los enlaces a los mismos archivos que ellos habían depositado en el servidor.

El nuevo campo de batalla estará en el “*streaming*”. Aquí las medidas tecnológicas de protección

²⁴⁶ “Private firms generally use four anti-piracy techniques: decoying, spoofing, swarming, and interdiction. Decoying is the use of blank files or files containing only a movie trailer inserted into file sharing networks. These files look just like the real thing but do not contain the sought-after copyrighted content. Therefore, according to MediaDefender, although this solution does not completely eradicate piracy, it strongly discourages it because it may be easier to “find a needle in a hay stack” than locate a functional file among a sea of decoys. Spoofing is designed to derail a search for a particular file and direct the file seeker to a nonexistent location. Swarming involves placing chunks of files that contain static or nothing into BitTorrent networks so the download process is slowed by the dummy file. Interdiction prevents files from being distributed by slowing the spread of new media files within the first few days of the file’s leak. Yet another technique involves enabling the download to proceed to 97% and then never releasing the remaining parts. Thus, all these techniques are designed to frustrate users into seeking legitimate sources of sought-after content, at least long enough for a profit to be made by media producers”. TOULUMIS, TARA, *Buccaneers and Bucks from the Internet: Pirate Bay and the Entertainment Industry*, 19 Seton Hall J. Sports & Ent. L. Vol. 19. Pág. 268 (2009). (Traducción del autor)

²⁴⁷ Aunque son legítimas y proporcionadas. Pensemos en qué pasaría si la industria de contenidos insertara un virus que provocara la aparición de la “pantalla azul de la muerte” en un archivo digital que contuviese una película popular.

simplemente servirán para impedir el acceso y la copia no autorizada desde servicios legales (por ejemplo, NETFLIX), pero no para desincentivar a los usuarios con estas medidas “inofensivas”. Si la Ley no interviene, ¿Cuánto tardaremos en observar ataques directos a las webs de enlaces, de almacenamiento, y a los mismos usuarios? ¿Cuánto en ver que las medidas de autodefensa mencionadas arriba se convertirán en virus que inutilicen las terminales informáticas de los usuarios?

Volveremos al tema de las medidas tecnológicas de protección y a su relación con la copia privada posteriormente, y realizaremos un estudio jurídico profundo del tema. Sólo queda señalar aquí que es una falacia asegurar que no se podrá terminar con la reproducción no autorizada de obras sujetas a Derecho de Autor a través de las medidas tecnológicas de protección. Se podrá, aunque no exclusivamente con ellas. Se necesita la participación de los proveedores de acceso de Internet cuando por medio de ellas se localice una actividad delictiva (y aquí no estoy hablando de los usuarios, sino de quienes efectivamente se lucran de tal actividad); una legislación protectora que castigue duramente los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección (que como veremos ya existe, y que en España se va a endurecer considerablemente con la reciente Reforma del Código Penal) y que se aplique de manera efectiva y severa; y sí, la inmunidad de las medidas tecnológicas de protección frente al límite de copia privada. De otra manera, el efecto de las medidas tecnológicas de protección por sí solas será aún menor en la práctica que el “pequeño bache” del que hablábamos más arriba.

1.6.6 **Modelo revisionista del Derecho de Autor.**

JESSICA LITMAN, posiblemente la autora revisionista con más talento, apunta, a mi juicio acertadamente, lo siguiente: “*Podemos continuar redactando leyes sobre Derecho de Autor que sólo los abogados especialistas en esta rama pueden descifrar, y aceptar que sólo los actores comerciales e institucionales tienen razones de peso para acatarlas y actuar en consecuencia con ellas, o podemos idear una estructura legal que los individuos normales puedan aprender, entender e incluso considerar justa*”²⁴⁸. Como resulta manifiestamente evidente para cualquiera

²⁴⁸ “*We can continue to write copyright laws that only copyright lawyers can decipher, and accept that only commercial and institutional actors will have good reason to comply with them, or we can contrive a legal structure that ordinary individuals can learn, understand and even regard as fair*”. LITMAN, JESSICA, *Revising Copyright*

mínimamente iniciado, la legislación sobre Derecho de Autor ha alcanzado una complejidad insoportable, mientras que paradójicamente, este es sin duda el momento de la dilatada historia de este cuerpo legal en que esta legislación se está utilizando en mayor medida para regular las actividades diarias del común de los ciudadanos. La existencia de esta evidente paradoja ha motivado que muchos, entre los que me encuentro, defiendan que las leyes sobre Derecho de Autor se han de reformar con la vista puesta en su simplificación. No obstante, no existe consenso entre estos autores sobre en qué dirección ha de ir esta reforma.

Hemos expuesto más arriba que, en nuestra opinión, algunas de las ideas ofrecidas por autores revisionistas están llenas de sentido común. No obstante, asimismo hemos apuntado que el Derecho de Autor no puede ser cambiado unilateralmente por un país, ya sea España, ya sean los EE.UU. Como ya he explicado anteriormente, creo firmemente que en España ya se ha intentado realizar una revisión encubierta del Derecho de Autor en el ámbito digital, utilizando el límite de copia privada para cambiar el modelo existente, con la vana ilusión de que así no se enervaría demasiado ni a los usuarios, ni a los titulares de derechos. Esta revisión (pensaban) cumplía formalmente con las obligaciones impuestas a España por su pertenencia a organizaciones supranacionales, así como a organizaciones internacionales que han desarrollado tratados o acuerdos internacionales sobre Derecho de Autor, y que además velan por su cumplimiento. Así se pensaba contentar a los usuarios, que podrían descargarse lo que les placiere de la Red, y que además no harían demasiado ruido (excepto para pedir la desaparición del canon digital, “los ingratos”; ya que esta era la clave del nuevo sistema). Se satisfacía además a parte de los autores e intérpretes, ya que la recaudación por el cobro indiscriminado del canon por copia privada proporcionaba a las Entidades de gestión unos ingresos anuales en la vecindad de los 140 millones de Euros; ingresos que se han reducido a 5 millones anuales desde que la compensación por copia privada ha pasado financiarse a través de los Presupuestos Generales del Estado ²⁴⁹. Como también he apuntado más arriba, mi tesis es que antes el canon se utilizaba subrepticamente para compensar la piratería, en lugar de para compensar la realización de copias privadas ateniéndose

Law for the Information Age, Oregon Law Review. Vol. 75, 1999. Pág. 39. Referenciado en YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 727. (Traducción del autor)

²⁴⁹ SEISDEDOS, IKER, y MARCO, ANA, *El Gobierno aprueba el sistema que sustituye al canon digital*, Diario El País, 7 de diciembre de 2012, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/12/07/actualidad/1354869889_535078.html, (consultado por última vez el 7 de diciembre de 2012).

al sentido tradicional del límite. Es por ello que el límite de copia privada resulta ya irrecuperable en el ámbito digital (al menos en nuestro país), puesto que se ha utilizado por parte de algunos tribunales y por la Fiscalía General del Estado para habilitar legalmente la reproducción no autorizada de obras sujetas a Derecho de Autor a través de la Red, lo cual ha calado sin duda alguna en “la norma social”.

Es por ello que pienso que el mayor experimento de reducción a la práctica de las teorías “revisionistas” del Derecho de Autor es el realizado en nuestro país, cuya clave ha sido la utilización impropia del límite de copia privada. Contemplando sus resultados, resulta fácil deducir que las teorías revisionistas sobre el Derecho de Autor han fracasado estrepitosamente en su reducción a la práctica, deducción fortalecida por la observación de que la tendencia (guste o no) en los países de nuestro entorno es la de maximizar la protección del Derecho de Autor; simplificándolo, sí, pero también endureciendo las consecuencias legales derivadas de su infracción. Es esto a lo que nos han llevado casi 20 años de profetas del cambio; a esto, y a la ruina de la tradicional industria de contenidos en España, además de que estemos a la cola de los países de nuestro entorno en lo que respecta al desarrollo de nuevos modelos de negocio para la explotación de obras de creación. Si a alguien le queda alguna duda de que las revisiones propuestas del Derecho de Autor estarán destinadas a asegurar su efectividad en el ámbito digital, que observe las modificaciones natas o no-natas que se han propuesto en los últimos años en los países de nuestro entorno ²⁵⁰, sin olvidar las propuestas ya transformadas en Proyecto de Ley de Reforma de la LPI para nuestro propio país, que analizaremos detenidamente más adelante. Y si alguien piensa que la tecnología servirá para burlarlas, que no se olviden que la verdadera llave la tienen los proveedores de acceso a Internet. Internet es un nuevo espacio de libertad, de acuerdo; pero la libertad verdadera o existe en un marco de seguridad jurídica y de respeto a la propiedad, o no existe.

1.6.7 **Modelo procedimental de resolución de conflictos en el ámbito administrativo.**

YU nos explica que los autores MARK LEMNEY y ANTHONY REESE ²⁵¹ sugirieron que sería

²⁵⁰ Ver Pág. 600 y ss.

²⁵¹ LEMLEY, MARK A., y REESE, R. ANTHONY, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, Stanford Law Review. Vol. 56, 2004, Pág. 1351-52. Referenciado en YU, PETER K., *Op. Cit.* Pág. 730. (Traducción del autor)

posible “diseñar un sistema de resolución de disputas rápido y barato que permita a los titulares de derechos obtener satisfacción limitada de los que abusen de los sistemas P2P y detener a otros de cometer dicho abuso. El incentivo para los titulares de derechos para optar por este procedimiento administrativo y abandonar el derecho de demandar a quienes compartan archivos ante un Tribunal reduciría los costes procedentes de hacer cumplir la Ley. Los consumidores se beneficiarían de limitar tal procedimiento a “casos claros” de actos de carga masiva de archivos, y de un número de defensas basadas en actos de “fair use” con cierto mérito, tal y como los de puesta a disposición del público de obras descatalogadas o de reproducciones por motivo de “space-shifting” de archivos legalmente adquiridos procedentes de CD’s a otros medios”²⁵². Lógicamente, cualquiera que haya seguido mínimamente las noticias en España durante los últimos años, reconocerá de manera inmediata que este es el modelo que inspiró inicialmente la celeberrima “Ley Sinde”, y como tal tiene los mismos problemas que esta Ley en su versión inicial: plantea serias dudas en lo que respecta a su constitucionalidad en términos de lo que en EE.UU. se denomina como “due process”.

Analizaremos el desarrollo legislativo de la “Ley Sinde” hasta su aprobación ya trasmutada en la “Ley-Sinde-Wert”, aunque podemos adelantar que el mayor problema del que adolecía esta Ley a ojos de la mejor doctrina es que implicaba la creación de un órgano administrativo con competencias judiciales, la Comisión de Propiedad Intelectual, que podría cerrar páginas webs que presuntamente estuvieran infringiendo los derechos de autor, sin la intervención de un órgano judicial. Era (y es) una Ley diseñada con el objetivo último de cerrar las webs de enlaces (aunque se les daba, y se les da, la opción de retirar el contenido ilícito en una primera instancia). Nada más conocerse el anteproyecto de la “Ley Sinde”²⁵³, las más importantes webs de enlaces se convirtieron asimismo en foros de opinión; o mejor dicho habilitaron una parte de sus webs con este objeto. ¿Por qué? Porque en entonces su cierre podría ir formalmente en contra del artículo

²⁵² “Mark Lemley and Anthony Reese suggested that it may be possible to design a “quick, cheap dispute resolution system that enables copyright owners to get some limited relief against abusers of p2p systems and to deter others from such abuse.” The incentive for rights holders to opt into this administrative procedure and give up the right to sue file-sharers in court would be reduced enforcement costs. Consumers would benefit from limiting the procedure to “clear cases” of high-volume uploaders and from a robust set of affirmative defenses for “arguable fair uses” such as making out-of-print works available to the public or space-shifting lawfully acquired files from CDs to other media”. Ídem. (Traducción del autor).

²⁵³ En realidad Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible de 27 de noviembre de 2009, del que era la Disposición Final 1ª. Esta era una Ley “ómnibus” que legislaba sobre una cantidad ingente de materias. No obstante, siempre fue la Disposición Final 1ª la que desde su génesis estuvo en el ojo del huracán de la opinión pública.

20 de la Constitución Española del 78; es decir, en contra de la libertad de expresión e información que se hallan reconocidas en el artículo 20 de nuestra norma fundamental ²⁵⁴ . En un país en que no hace tanto se carecía de estas libertades básicas, estas cosas se toman lógicamente muy en serio. La Ley se modificó para incluir dos instancias de revisión judicial, pero hasta el momento no tiene casi fuerza ejecutiva fundamentalmente por dos motivos: (a) Hasta que no se modifique la LPI no queda muy claro desde el punto de vista formal que los responsables, propietarios o administradores de webs de enlaces estén cometiendo una actividad ilícita, como demuestran las numerosas sentencias, contradictorias entre sí, emanadas de los Tribunales Españoles; y (b) Resulta difícil aseverar si el acto consistente en descargarse obras de manera no autorizada de la Red puede ser catalogado como un acto ilícito de acuerdo con la concepción (maleada) del límite de copia privada existente en el ordenamiento jurídico vigente sobre Derecho de Autor en España.

Trataremos en profundidad este tema más adelante, aunque en mi modesta opinión se ha demostrado suficientemente, y de manera empírica, que ni existen atajos para cambiar el modelo de Derecho de Autor fuera de la reforma legal, ni tampoco para perseguir actos que puedan incidir en el ámbito de los derechos fundamentales meramente por la vía administrativa. Es el poder legislativo, y solamente el poder legislativo democráticamente elegido quien se tiene que hacer cargo del problema, ilegalizando de manera expresa los actos de facilitación de las infracciones al Derecho de Autor que efectúan las webs de enlaces, y restringiendo el ámbito de actuación del límite de copia privada del artículo 31.2. de la LPI, o incluso eliminando este del ordenamiento jurídico en el ámbito digital si como parece su restricción plantea algunos problemas irresolubles, o que dilatarán indefinidamente en el tiempo la (insostenible) situación actual.

1.6.8 **Modelo de compensación alternativa.**

Algunos autores radicalistas optan por la eliminación del copyright o de los derechos de explotación emanados del Derecho de Autor (dependiendo de que estemos en un sistema de tradición jurídica basada en el derecho Común, o en el Derecho Civil), y sugieren al menos tres opciones o modelos destinados a remplazarlo. De nuevo conviene recordar que reemplazar el sistema de Derecho de Autor por un modelo alternativo no es algo que pueda realizar un país

²⁵⁴ Irónicamente es el mismo artículo en que se reconoce la propiedad intelectual, aunque sólo en su vertiente de derecho moral, como veremos más adelante.

unilateralmente, aunque conviene repasar los modelos propuestos para hacernos una idea.

a. Compensación a través del patrocinio o mecenazgo.

Evidentemente un modelo de patrocinio o mecenazgo entendido de manera radical resultaría en una regresión a los tiempos anteriores al desarrollo del Derecho de Autor nacido de la Revolución Francesa, en que las obras de creación sólo podrían financiarse y realizarse si la aristocracia o la iglesia se encargaban de ello. Los problemas que yo veo en el mecenazgo es que si este es totalmente privado, normalmente reflejará solamente el gusto de las élites sociales, que son las que gozan de mayor poder adquisitivo, y si es totalmente público será inasumible económicamente por el erario asimismo público. El modelo de mecenazgo híbrido, es decir con inversiones privadas fomentadas por los poderes públicos a través de exenciones fiscales, no es malo *“per se”*, y de hecho el Gobierno de España se está planteando impulsar este modelo “mixto”, aunque evidentemente no para suplantarlo el Derecho de Autor, sino para complementarlo ²⁵⁵, y además no en forma de aportaciones directas, que por su propia naturaleza tienden a ser discrecionales, sino de deducciones tributarias neutrales, con lo que se evitaría la tentación del dirigismo cultural.

b. Modelo basado en los servicios secundarios: como los conciertos, y venta de camisetas y demás *“merchandising”*.

Este modelo se basa en la hipótesis de que ya que el Derecho de Autor se encuentra destinado a desaparecer eventualmente, los autores e intérpretes habrán de vivir de la sus actuaciones en directo y de la venta de mercaderías tales como camisetas y similares. YU lo llama el modelo de *“contenido gratis”* ²⁵⁶, y lo explica de la siguiente forma: *“Aunque no todo el contenido será gratis, la nueva dinámica económica operará como si lo fuera. En el mundo de la Red, el contenido (software incluido) servirá como promoción para servicios como el soporte, la agregación [de mercaderías], filtrado, ensamblaje, e integración de módulos de contenido, o*

²⁵⁵ VERDÚ, DANIEL, *Ley de Mecenazgo, prioridad cultural*, Diario El País, 17 de enero de 2012, Disponible en http://elpais.com/diario/2012/01/17/cultura/1326754802_850215.html, (consultado por última vez el 7 de diciembre de 2012).

²⁵⁶ *“Free Content”*

de enseñanza a los usuarios sobre su uso. La propiedad intelectual que se pueda copiar fácilmente probablemente se copiará. Se copiará de forma tan fácil y eficiente que gran parte de ella se distribuirá gratuitamente con el objeto de atraer la atención o crear un deseo por los servicios subsiguientes que sí que se cobrarán”²⁵⁷ .

Este modelo adolece de varias deficiencias, siendo la fundamental que prescinde totalmente de la voluntad de los autores con respecto a lo que estos quieran hacer con su propiedad. Los autores han de tener la libertad de donar su contenido (su derecho de propiedad, no lo olvidemos) si así lo desean. Muchos autores han regalado al público así como a otros autores algunos de sus derechos de explotación sobre sus obras utilizando el tipo de licencia “*Creative Commons*” que les otorga simplemente un reconocimiento de paternidad sobre su obra, y por la que disponen gratuitamente (es decir ceden) de todos los demás derechos de explotación. Mediante tal técnica, muchos de estos autores se han hecho un nombre dando conferencias, han publicitado su actividad profesional, o han adquirido un cierto prestigio académico (a veces justificado, y a veces no). No obstante, resulta fundamental subrayar que estos autores han dispuesto de su propiedad intelectual haciendo pleno uso de su libertad (de su libertad para hacer lo que les placiere con su propiedad), y utilizando el modelo de negocio o promoción personal que han considerado les resultaba más conveniente en un determinado momento vital o profesional. Por ello, ahí es donde fallan fatalmente las tesis radicalistas; puesto que ¿Por qué han de regalar su propiedad intelectual los autores que no quieran hacerlo? ¿Qué clase de libertad es esta en donde se expropia la propiedad sin ni siquiera recibir una contraprestación? ¿Y qué hay de los autores que simplemente quieran vivir de los derechos de explotación sobre su obra exclusivamente en un formato determinado, como por ejemplo el literario ²⁵⁸ ?

Además, YU apunta a que este modelo sirve principalmente para la música, e incluso en el

²⁵⁷ “While not all content will be free, the new economic dynamic will operate as if it were. In the world of the Net, content (including software) will serve as advertising for services such as support, aggregation, filtering, assembly and integration of content modules, or training of customers in their use. Intellectual property that can be copied easily likely will be copied. It will be copied so easily and efficiently that much of it will be distributed free in order to attract attention or create desire for follow-up services that can be charged for”. YU, PETER K., Op. Cit. Pág. 736. (Traducción del autor).

²⁵⁸ J.D. SALINGER jamás permitió que se hicieran adaptaciones de su obra maestra “*El guardián en el centeno*” mientras viviera. CARLOS RUÍZ ZAFÓN, el autor de la sensación editorial “*La sombra del Viento*” ha manifestado en diversas ocasiones que no tiene intención alguna de que su obra se adapte al cine. Entonces, ¿qué hacemos con los “sagrados” derechos morales?

ámbito de la explotación de obras musicales, no todos los autores o artistas podrían comercializar estos bienes y servicios. Adicionalmente, en el caso español, y en menor medida en el americano, la asistencia a conciertos de pago ha disminuido dramáticamente durante los últimos años. De hecho, en España la crisis económica ha provocado que las administraciones públicas locales, que eran las mayores contratantes de música en directo, hayan reducido su presupuesto para estos fines de manera drástica. Volveremos sobre este tema más adelante.

Por otra parte, ¿Qué hay de las obras audiovisuales que requieren una enorme inversión, y en donde como apuntaba el director de cine José Luis García Sánchez, en una frase muy afortunada, “*los adjetivos cuestan dinero*”? ¿Y de las obras literarias de una cierta entidad que a menudo suponen años de trabajo exclusivo en la vida de una persona²⁵⁹ ? ¿Y con los videojuegos y otros tipos de software, que también requieren inversiones económicas sustanciales, amén de muchísimas horas de trabajo? ¿Y con las bases de datos, en las que en ocasiones cuesta un esfuerzo de años su recopilación? ¿Y con las obras fotográficas en que las que a veces lleva una vida entera a un autor crear la fotografía soñada? Parece obvio que todo aquel que defienda la eliminación del Derecho de Autor no conozca el sufrimiento que significa “crear” de una manera seria y responsable. Es más, muchos periodistas creadores de opinión defienden la eliminación del Derecho de Autor, o que las descargas no autorizadas son justas, pero luego se cuidan muy mucho de regalar sus trabajos literarios, e incluso de comercializarlos en formato digital (no vaya a ser que se los pirateen).

c. Modelo basado en las producciones caseras:

Este modelo defiende que la nueva concepción de autoría y edición se ha de llevar a cabo de una manera casera, en el ámbito doméstico o semidoméstico. Se dice que las nuevas tecnologías han posibilitado que todos dispongamos en nuestro hogar de un estudio de grabación, de las herramientas necesarias para filmar o montar una película, o para escribir el código de software que podría potencialmente significar el nuevo FACEBOOK. Mientras esta afirmación puede resultar certera en algunos (pocos) casos, y la producción casera seguramente ha generado y generará obras de ingenio admirables, existen por otra parte otras obras muy

²⁵⁹ J.R.R. Tolkien tardó 12 años en completar “El Señor de los Anillos”.

caras de producir, y que además son obras de arte. YU pone a la película “*El señor de los anillos*” como ejemplo de una producción muy cara, y que alcanzó gran éxito de taquilla y notable reconocimiento crítico ²⁶⁰. En mi caso podría llenar páginas y páginas de ejemplos similares. Notablemente, lo que los estudios indican es que los usuarios no se descargan masivamente la última película de Jaime Rosales (por poner un ejemplo de un director, que aunque personalmente no me interese artísticamente, sin embargo no falta quien defienda la notabilidad y calidad de su obra, y cuyas películas se han rodado utilizando presupuestos más que moderados), sino los “*Avatar*”, “*Hobbits*”, “*Harry Potters*” y similares; todas películas extremadamente caras de producir. En España, no es difícil de imaginar que las películas más descargadas son “*Celda 211*”, las de la saga “*Torrente*”, y “*A tres metros sobre el cielo*” y sus secuelas, por poner un ejemplo de varias obras cinematográficas diferentes que tienen un factor común: su consciente vocación de comercialidad. En el terreno musical los artistas más descargados también suelen ser además los más comerciales.

Me gustaría finalizar esta parte de mi trabajo con una cita de mi admirada profesora JANE GINSBURG que suscribo en su totalidad:

“Pienso que el Derecho de Autor es algo bueno en parte porque no creo que exista una alternativa mejor. Lord Macaulay dijo una vez que el Derecho de Autor es sumamente malo, pero también señaló que representa el mejor camino, dadas las alternativas existentes para asegurarse de que mantengamos un suministro de buenos libros. Quizá esté equivocada, pero creo que si alguien va a ganarse la vida realizando un trabajo creativo, debe ser muy duro si realmente no existe una perspectiva de ganarse

²⁶⁰ Otros autores sin embargo, se atreven incluso a culpar a la legislación sobre copyright de un supuesto declive de la creatividad en nuestros días, puesto que según PATRY la Ley sobre Copyright beneficia sólo a las grandes corporaciones de la industria de contenidos (a pesar de que PATRY recalca en su libro que sus opiniones son sólo suyas, hay que reseñar que trabaja como Director del Departamento Jurídico de GOOGLE, lo que explica su perfil “tecnologista”). Además, la visión (por otra parte brillantemente expuesta) del Sr. PALTRY debe a mi modo de ver mucho a su “norteamericentrismo” (si me perdonan el término) y, como otros autores en su línea de pensamiento, olvidan que los experimentos realizados bordeando el copyright o el Derecho de Autor (como el malogrado experimento realizado en España que justifica esta tesis) han acabado normalmente con un acentuado declive de la industria de contenidos local, mientras que en EE.UU. la buena salud de esta industria (además de la tecnológica) tiene mucho que ver con la fortaleza de su protección legal. Ver PATRY, WILLIAM, *How to Fix Copyright*, Oxford University Press. Nueva York, (2012). Págs. 15-26.

efectivamente la vida con ello. La gente dejará de hacerlo. La gente no creará en una base consistente porque aman hacerlo. De hecho, la mayoría de la gente no se puede permitir crear simplemente porque aman crear. Ser un creador profesional requiere no sólo el don de un gran talento artístico y literario, sino también una enorme cantidad de disciplina y persistencia, además de valentía. Hay una gran cantidad de personas con talento que no podrán sobresalir. A lo mejor existen una multitud de razones por las que no puedan sobresalir, pero ser lo que yo llamo a veces un “creador de verdad” es muy duro. No es sólo un trabajo: es una actitud vital. No es para todo el mundo. Todo el mundo se puede auto editar en la Red, pero el que lo hagas no significa que seas un creador de esa manera consistente, terca, y a veces sin esperanza” ²⁶¹ .

2. **Estado de la cuestión fáctica.**

2.1 **El informe “Special 301” y la realidad española.**

El informe “*Special 301*” que mencionaba en mi introducción, no es sino un informe anual sobre propiedad intelectual que publica anualmente el Representante de la Oficina de Comercio de EE.UU sobre el respeto a los derechos de propiedad intelectual en el mundo, y que normalmente se divide en dos partes: La primera parte trata sobre la situación general y las novedades normativas y fácticas en todos los ámbitos de la propiedad intelectual (que en su acepción americana, comprende los ámbitos que en España cubre la propiedad intelectual, e industrial; es decir: derechos de autor, sí, pero también derechos sobre marcas comerciales, patentes, diseños industriales, etc...); la segunda parte, la más polémica, es la que hace un repaso a la situación de

²⁶¹ “*I think that copyright is a good thing in part because I do not think there is a better alternative. Lord Macaulay said that copyright was exceedingly bad but he said it was the best way given the alternatives to ensure that we have a supply of good books. Maybe I am wrong, but I think that if you are going to do creative work for a living, it is very hard if there is no prospect of actually making a living. People will stop doing it. People will not create on a consistent basis for the love of it. In fact, most people cannot afford to create for the love of it. To be a professional creator requires not only large literary or artistic gifts, but it also demands a huge amount of discipline and persistence, as well courage; there are a lot of talented people who will not stick it out. There may be a lot of reasons beyond merely economic reasons for not sticking it out, but being what I sometimes call a “real creator,” is very hard. It is not just work; it is a whole life attitude. It is not for everyone. Everybody can self-publish on the Internet but it does not follow that just because you can publish you are an author in that consistent, bullheaded, and often hopeless way” EDMUNSON, JESSICA y TOWNSEND GARD, ELIZABETH, *Conversations with Renowned Professors and Practitioners on the Future of Copyright*, Tulane Journal of Technology & Intellectual Property, Vol. 14, 2011. Pág. 10.*

hecho en cuanto al respeto a la propiedad intelectual en diversos países, los cuales tienen en común que los Estados Unidos realizan habitualmente transacciones comerciales con ellos (así por ejemplo, Cuba no aparece en el informe). Los países que sí que aparecen en lo que sin ningún tipo de dudas se podrían denominar “listas negras”, son aquellos en los que los derechos de propiedad intelectual no se respetan o simplemente se ignoran, y se toma como referencia la actitud o voluntad de los gobiernos respectivos en hacer cumplir estos derechos, siempre que esta voluntad o actitud no sólo se encuentre plasmada en bonitas palabras, sino también en acciones efectivas (bien legislativas o ejecutivas). Además se observa y analiza la situación de hecho en cuanto a la piratería, y en cuanto a los actos que distorsionan el mercado para los productos cuyo comercio se halla regulado por las normas de propiedad intelectual (en sentido amplio), como por ejemplo, claro, las obras de creación.

La “lista negra” de países enumerados en el informe “*Special 301*” en realidad se divide en tres listas “negativas” (aunque aquí sólo analizaremos las dos que realmente son significativas y relevantes para nuestro trabajo), amén de una lista adicional “positiva”, en la que se hallan los países que han tomado medidas legales y políticas adecuadas y en la dirección efectiva, y por tanto en los que en la práctica se observa una tendencia a que se cumplan por parte de los usuarios de manera cada vez más espontánea los derechos de propiedad intelectual, y en los que de hecho se ha observado en la práctica una reducción significativa en el número de actos ilícitos cometidos contra la propiedad intelectual e industrial (es decir, en los que la “*norma social*” vuelve a gozar de efectividad se está recuperando) ²⁶² .

Estas “listas negras” se categorizan según el nivel observado de respeto a los derechos de propiedad intelectual e industrial en un país determinado. Por tanto, a menor respeto a estos derechos, mayor gravedad de la situación en ese país determinado a los ojos de la Oficina de comercio del Departamento de Estado Norteamericano, y por tanto mayor auto imposición de vigilar las acciones de los gobiernos de estos países, y de presionar para que estos gobiernos tomen medidas dirigidas a combatir el problema, Además el Departamento de Comercio de los EE.UU. recomienda sin ambages las mayores cautelas posibles a los actores del mercado audiovisual norteamericano a la hora de realizar inversiones en estos países. Así, la división o categorización

²⁶² España se halla en esta lista “positiva” por primera vez en el año 2012, anteriormente estaba en la “Lista de países sujetos a vigilancia” o “*Watch List*”; aunque hay que decir que más por un “acto de fe” del Gobierno norteamericano que por un cambio drástico en la situación “*de facto*”.

que se puede encontrar en los Informes “Special 301” es la siguiente: (1) “*Lista de países sujetos a vigilancia prioritaria*”²⁶³ :que comprende los países en los que existen problemas más acuciantes y graves de falta de respeto a los derechos de propiedad intelectual²⁶⁴ ; (2) “*Lista de países sujetos a vigilancia*”²⁶⁵ : esta lista se halla compuesta por países en los que los derechos de propiedad intelectual sufren una falta de protección efectiva debida a deficiencias en su legislación o en la imposición de tal legislación; pero no de manera tan generalizada y notoria como ocurre en los países incluidos en la lista anterior²⁶⁶ .

El informe “*Special 301*” es una referencia crucial para potenciales inversores extranjeros en un país determinado. Algunos han criticado esta evaluación unilateral que el país norteamericano realiza por los motivos habituales (“prueba irrefutable del imperialismo yanqui”, etc.); aunque el “*Special 301*” es un informe ponderado y ecuánime, que tiene como fin informar de manera oficial a los sectores comerciales norteamericanos implicados en el ámbito de la propiedad intelectual de cuál es la situación en cuanto al respeto a los derechos de propiedad intelectual en el mundo. La realidad es que las ponderaciones que hace el “*Special 301*” sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mundo goza en la práctica un valor análogo a aquel del que disfrutaban las agencias de calificación económica, o de “*rating*”²⁶⁷ que despliegan calificaciones similares sobre los mercados mundiales. ¿Y qué dice de España el “*Special 301*”? Repasemos los informes elaborados durante los últimos años.

En el año 2009, España gozaba del dudoso honor de encontrarse entre los países sujetos a vigilancia (la segunda clasificación en orden de gravedad), por su poco respeto a los derechos de propiedad

²⁶³ “*Priority Watch List*”.

²⁶⁴ Por ejemplo en el informe “*Special 301*” de 2012, los países incluidos en la “*Priority Watch List*” son Argelia, Argentina, Canadá, Chile, China, India, Indonesia, Israel, Pakistán, Rusia, Tailandia, Ucrania, y Venezuela. Como se puede ver la lista es bastante heterogénea, y no está dictada por afinidades geopolíticas de otro orden, puesto que incluye desde aliados tradicionales de EE.UU. como Israel, a otros que no los son tanto, como por ejemplo China, a quien se dedica casi su propio capítulo. *2012 Special 301 Report*. United States Trade Representative. Disponible en http://www.ustr.gov/sites/default/files/2012%20Special%20301%20Report_0.pdf, (consultado por última vez el 13 de septiembre de 2012).

²⁶⁵ “*Watch List*”.

²⁶⁶ Los países incluidos en la “*Watch List*” en el informe del 2012 son: Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Brunei Darussalam, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Egipto, Finlandia, Grecia, Guatemala, Italia, Jamaica, Kuwait, Líbano, México, Noruega, Perú, Filipinas, Rumanía, Tayikistán, Turquía, Turkmenistán, Uzbekistán, Vietnam. Ídem.

²⁶⁷ Standard & Poors, Moody’s, Fitch.

intelectual ²⁶⁸ ; más concretamente de manera exclusiva por culpa de las descargas no autorizadas de obras sujetas al Derecho de Autor a través de redes P2P. El “*Special 301*” decía entonces lo siguiente con respecto a nuestro país:

“España se mantendrá en la lista de países sometidos a vigilancia durante el 2009. Los Estados Unidos urgen vigorosamente al Gobierno de España a tomar medidas significativas y urgentes en contra y para afrontar el serio problema de la piratería en Internet. El Gobierno de España ha dedicado mínimos esfuerzos a cambiar la generalizada y errónea percepción de que compartir archivos a través de las redes P2P es legal. Además, mientras que las autoridades responsables de aplicar la legislación española han tomado algunas medidas positivas en contra de [algunas] páginas web piratas, los fiscales se han abstenido de acusar en los casos relacionados con la piratería en Internet, los jueces se han abstenido de imponer sentencias disuasorias en contra de los infractores en los casos relacionados con la piratería en Internet, y los titulares de derechos [de autor] no gozan de acceso a importantes herramientas legales, necesarias para demandar por la vía civil de manera efectiva. Los Estados Unidos urgen a España a aclarar si la descarga no autorizada de archivos a través de redes P2P es ilegal, y a reformar políticas problemáticas, como por ejemplo la Circular de mayo de 2006 de la Fiscalía general de Estado, que parece legalizar dicha actividad. Los Estados Unidos continuarán trabajando estrechamente con España para afrontar estos problemas relacionados con la lucha contra la piratería en Internet durante el próximo año” ²⁶⁹ .

²⁶⁸ En el sentido español, es decir, exclusivamente en cuanto al Derecho de Autor. En el sentido norteamericano, hay que recordar que la propiedad intelectual incluye TODAS las materias que en España se engloban bajo las denominaciones propiedad intelectual (Derecho de Autor), y propiedad industrial (patentes, marcas comerciales, diseños industriales). En cuanto al respeto a los derechos de propiedad industrial, nuestro país resulta homologable con los mejores del mundo, lo cual provoca un efecto aún más descorazonador, porque ¿Si somos capaces de lo mejor en un apartado, por qué somos la vergüenza del mundo occidental en el otro?

²⁶⁹ “*Spain will be maintained on the Watch List in 2009. The United States strongly urges that the Spanish Government take prompt and significant action to address the serious problem of Internet piracy. The Spanish Government has expended minimal effort to change the widespread misperception in Spain that peer-to-peer file sharing is legal. Further, while Spanish law enforcement authorities have taken some positive measures against pirate Internet websites, prosecutors have failed to pursue IPR [Internet Piracy Related (nota del autor)] cases, judges have failed to impose deterrent-level sentences against IPR infringers, and rightsholders do not have access to important legal tools needed to bring meaningful civil infringement suits. The United States urges Spain to make it clear that unauthorized peer-to-peer file sharing is illegal, and to rescind problematic IPR policies such as the May 2006 Circular from the Office of the Prosecutor-General, which appears to legitimize such illicit activity. The United States will continue to work closely with Spain to address these IPR enforcement issues during the next year*”. *Special 301 Report*, Representante de Comercio de los Estados Unidos, Oficina Ejecutiva del Presidente, 2009, Pág. 31.

¿Era (y es) esta una visión objetiva de la realidad española? ¿Existía (y existe) una “*generalizada y errónea percepción de que compartir archivos a través de las redes P2P es legal*”? Sí que existe una manifiesta percepción generalizada entre la sociedad española en este sentido; esto parece innegable. Por tanto, al menos en este punto el análisis practicado por el informe “*Special 301*” resulta impecable. En cuanto a si esta percepción social fuere o no errónea, sí que lo sería atendiendo a una interpretación lógica y ortodoxa desde el punto de vista jurídico, y fijándonos en el derecho comparado. No obstante, ciertamente se explica esta percepción de los ciudadanos si consideramos las (contradictorias) resoluciones sobre infracción de derechos de autor en la Red dictadas por parte de numerosos órganos jurisdiccionales españoles, así como las direcciones políticas administrativas que predeterminaron tales resoluciones (como por ejemplo la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, de vital importancia, actualmente aun formalmente en vigor, ya que no ha sido revocada, y de la que hablaremos extensivamente más abajo). Esta confusión ha sido convenientemente amplificadas y multiplicada por parte de los medios de comunicación españoles.

En el informe correspondiente al año 2010, España continuaba en la lista de vigilancia del “*Special 301*”, de nuevo únicamente con motivo de la piratería de contenidos protegidos por el Derecho de Autor a través de la Red:

“España permanecerá en la lista de vigilancia durante el 2010. Los Estados Unidos continúan preocupados acerca de la especialmente significativa piratería a través de Internet en España, y urge emprender enérgicamente acciones rápidas y efectivas para afrontar el problema. El Gobierno de España no ha revocado las partes de una Circular de la Fiscalía General del Estado de 2006, que parecen despenalizar [los actos de] compartir ilegalmente archivos de materiales ilícitos a través de las redes P2P, lo que contribuye a la pública y errónea percepción en España de que tal actividad es lícita. El marco legal existente en España no ha conducido a la cooperación entre los proveedores de servicio de Internet y los titulares de derechos [de autor] con el objeto de reducir la piratería online. Por el contrario, los titulares de derechos en España advierten de su incapacidad para obtener la información necesaria para procesar a los usuarios

infractores en casos relacionados con la piratería en Internet, reduciendo aún más su capacidad para intentar conseguir remedios legales. El sistema legal en España tampoco resulta generalmente en condenas en el ámbito penal para delitos en contra de la propiedad intelectual. Los Estados Unidos se congratulan de algunos recientes progresos en España, que incluyen el establecimiento de una Comisión interministerial con el mandato de proponer cambios en la política [del Gobierno de España] y en la legislación española que robustecerán los esfuerzos para reducir la piratería a través de Internet. En enero del 2010, la Comisión propuso un instrumento legislativo que permitirá que un comité basado en el Ministerio de Cultura solicite que los proveedores de servicios bloqueen el acceso a materiales ilícitos ofrecidos en la red. Los Estados Unidos urgen a España a continuar avanzando de manera positiva con el objeto de responder a la piratería en Internet, y continuará monitorizando de cerca los progresos en este sentido durante el próximo año” ²⁷⁰ .

La evaluación de España contenida en el informe “*Special 301*” de 2010, no difería entonces demasiado de la realizada en el año 2009 ²⁷¹ . La novedad es que se señala la inexistente cooperación que ofrecían los proveedores de servicios de conexión e Internet a los titulares de derechos de explotación para que estos obtuviesen herramientas fundamentales para iniciar un

²⁷⁰ “Spain will remain on the Watch List in 2010. The United States remains concerned about particularly significant Internet piracy in Spain, and strongly urges prompt and effective action to address the issue. The Spanish government has not amended portions of a 2006 Prosecutor General Circular that appears to decriminalize illegal peer-to-peer file sharing of infringing materials, contributing to a public misperception in Spain that such activity is lawful. Spain’s existing legal and regulatory framework has not led to cooperation between Internet service providers (ISPs) and rights holders to reduce online piracy. On the contrary, rights holders in Spain report an inability to obtain information necessary to prosecute online IPR infringers, further reducing their ability to seek appropriate remedies. Spain’s legal system also generally does not result in criminal penalties for intellectual property infringement. The United States is encouraged by some recent positive developments in Spain, including the establishment of an Inter-Ministerial Commission with a mandate to propose changes in Spanish law and policy that will strengthen efforts to reduce Internet piracy. In January 2010, the Commission proposed legislation that would allow a committee based in the Ministry of Culture to request that an ISP block access to infringing materials hosted online. The United States urges Spain to continue taking positive steps to address Internet piracy, and will closely monitor progress in the next year”. *Special 301 Report*, Representante de Comercio de los Estados Unidos, Oficina Ejecutiva del Presidente, 2009, Pág. 37. http://www.ustr.gov/webfm_send/1906. (Consultado por última vez el 27 de septiembre de 2012. (Traducción del autor)

²⁷¹ Aunque este mismo año el Congreso de los EE.UU., concretamente el “*Congressional International Anti-Piracy Caucus*”, colocó a España entre los 5 países con un mayor problema de piratería del mundo. *El congreso de EE UU coloca a España entre los cinco países más 'piratas' del mundo*, Diario El País, 2 de junio de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/06/02/actualidad/1306965608_850215.html, (consultado por última vez el 27 de septiembre de 2012). Documento original disponible en <http://schiff.house.gov/files/Congressional%20Anti%20Piracy%20Caucus%202011%20Country%20Watchlist.pdf>, (consultado por última vez el 27 de septiembre de 2012).

procedimiento jurisdiccional con garantías. Estas herramientas se reducen en realidad a una necesaria exigencia procesal, el que los demandantes pudiesen conocer la identidad real del demandado. Esta identidad en el ámbito de la Red se puede dilucidar únicamente a través de la dirección IP del ordenador del usuario ²⁷², fácil de averiguar por cualquiera con un nivel medio de conocimientos informáticos. El problema es que las herramientas para la traducción de esa identidad IP en una terminal informática (un ordenador) a la identidad de una persona física concreta, se halla en manos del proveedor de servicios de conexión de Red (por ejemplo, TELEFÓNICA), que es quien posee esos datos ²⁷³. En el año 2010 se dictó la Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil de Barcelona, en que litigaban PROMUSICAE, y TELEFONICA (en adelante PROMUSICAE). PROMUSICAE, representando a un número extenso de titulares de derechos de explotación sobre fonogramas, demandó a TELEFÓNICA por la vía civil, exigiendo que le proporcionara la identidad real de un número asimismo extenso de infractores de derechos de autor en la Red, de los que el demandante solamente conocía su dirección IP. TELEFÓNICA se negó, y el Tribunal elevó una cuestión prejudicial al TJUE, que este decidió por Sentencia en el año 2008 ²⁷⁴, y cuyo fallo se resumía en que los proveedores de servicios de Internet no podían ser compelidos a revelar la identidad de un usuario correspondiente a su dirección IP en el marco de un proceso civil sin que la Ley lo habilitara expresamente ²⁷⁵; aunque la Sentencia dejaba la puerta abierta para que el Gobierno legislara en este sentido.

Hasta muy recientemente esta herramienta sólo resultaría útil a los titulares de derechos de autor en caso de que los operadores decidieran demandar directamente a los usuarios finales (a Pepe que

²⁷² “Una dirección IP es una etiqueta numérica que identifica, de manera lógica y jerárquica, a una interfaz (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo (habitualmente una computadora) dentro de una red que utilice el protocolo IP (Internet Protocol), que corresponde al nivel de red del protocolo TCP/IP. Esta dirección puede cambiar 2 o 3 veces al día, y a esta forma de asignación de dirección IP se denomina una dirección IP dinámica (normalmente se abrevia como IP dinámica).” Glosario Tecnológico de BHTAVANZA. <http://www.bhtavanza.com/es/informacion/informacion?task=list&glossid=1&letter=All&page=2>. Así pues, por medio de la dirección IP es tecnológicamente localizar el ordenador/terminal desde que se ha descargado un archivo, en un día y hora determinado.

²⁷³ Y es de imaginar que no es que TELEFÓNICA no quisiese proporcionar esos datos, es que existían demasiadas dudas sobre si proporcionar tales datos en el marco de un proceso civil sin autorización judicial pudiese traer problemas serios a la propia TELEFONICA por causa de legislación española sobre protección de datos, que es muy proteccionista hacia el usuario (en casos de pornografía infantil estos datos se proporcionan a las autoridades sin ningún problema; pero aquí era PROMUSICAE, una entidad de gestión quien los pedía).

²⁷⁴ PROMUSICAE contra TELEFÓNICA. Sentencia Del Tribunal De Justicia de la Comunidades Europeas (Gran Sala) de 29 de enero de 2008. Respuesta a la petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid (España) el 26 de junio de 2006. Productores de Música de España/Telefónica de España SAU (Asunto C-275/06).

²⁷⁵ Como si se hace en EE.UU. mediante la utilización de procedimientos “John Doe”.

se descarga una película de una red P2P), procedimiento que se halla en desuso incluso en los EE.UU., puesto que resulta demasiado impopular, y lesiona seriamente la imagen de los titulares de derechos, amén de resultar escasamente útil como elemento disuasorio ²⁷⁶ . No obstante, quizá resultara útil en el marco de la nueva tendencia de respuesta gradual ante actos de reproducción no autorizada de los usuarios en la Red, aunque en puridad no resulta indispensable conocer la identidad física del usuario para enviarle una advertencia, ni para disminuir la velocidad de sus servicio de Internet por cometer tales actos, y menos aún si quien realiza esta respuesta es el proveedor de servicio de conexión a Internet (siempre que esta posibilidad se encuentre reflejada de manera explícita en el contrato de servicios). En cualquier caso, la Sentencia PROMUSICAE no prohíbe taxativamente que los proveedores de servicios revelen la identidad de un usuario en el marco de un proceso civil. En puridad la Sentencia dejaba en manos de los Estados miembros la potestad de legislar sobre esta materia. Es decir, que si el Gobierno español hubiese tenido o tuviese la voluntad de exigir a las operadoras de servicios de Internet que divulgaran el nombre de los usuarios que han realizado actos contra la propiedad intelectual a los tribunales del orden civil, o incluso a un órgano administrativo, el Derecho Comunitario no les prohibiría legislar en tal sentido. Esto se conseguiría simplemente retocando la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), y en su caso la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De hecho, esto es lo que hace el Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (de aquí en adelante PMLPI 2014), que añade realiza dos modificaciones en este sentido:

- a) Modifica el artículo 256.1 de la LEC, que es el que regula las diligencias preliminares de preparación de un procedimiento Civil modificando su subapartado 7º, y añadiendo dos subapartados más, el 10º y el 11º, que son los relevantes para nosotros. Así, el artículo queda como sigue:

²⁷⁶ Amén de haberse convertido incluso en un instrumento de extorsión de las productoras pornográficas contra los usuarios que se descargaran ilegalmente sus obras, ya que aprovechando la “mala fama” de que estas producciones gozan, y a que muchos de estos usuarios eran padres de familia, prácticamente se les obligaba a aceptar arreglos judiciales disparatados e injustos.

“1. Todo juicio podrá prepararse: [...]”

10.º Por petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, para que se identifique al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala, considerando, entre otros, su nivel de audiencia en España o el volumen de obras y prestaciones protegidas no autorizadas, de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual.

La solicitud estará referida a la obtención de los datos necesarios para llevar a cabo la identificación y podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar. Los citados prestadores proporcionarán la información solicitada, siempre que ésta pueda extraerse de los datos de que dispongan o conserven como resultado de la relación de servicio que mantengan o hayan mantenido con el prestador de servicios objeto de identificación, salvo los datos que exclusivamente estuvieran siendo objeto de tratamiento por un proveedor de servicios de Internet en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.»

11.º Mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación

de un servicio, sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala, considerando, entre otros, el volumen de obras y prestaciones protegidas no autorizadas, mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual”.

- b) No obstante lo dispuesto en la reforma arriba reseñada, el PMLPI 2014 modifica asimismo el Artículo 259 de la LEC de Citación para la práctica de diligencias preliminares, con la intención de que los datos conseguidos mediante este procedimiento (quien se esconde tras una Dirección IP) solamente se utilicen con el objeto de identificar físicamente al demandado ^{277 278} .

En cuanto a lo que se repite en la versión del informe del año 2012 es la mención a la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que según el informe “*parece despenalizar [los actos de] compartir ilegalmente archivos de materiales ilícitos a través de las redes P2P, lo que contribuye a la pública y errónea percepción en España de que tal actividad es lícita*”. ¿Por qué tanta insistencia? Podemos intuir por el informe que la Circular 1/2006 plantea problemas en

²⁷⁷ Así, el apartado 4 del artículo 259 pasa a tener la siguiente redacción: “4. La información obtenida mediante las diligencias de los números 7, 8, 10 y 11 del apartado 1 del artículo 256 se utilizará exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual del solicitante de las medidas, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial”.

²⁷⁸ El Consejo de Estado ha comentado sobre la necesidad de la modificación de estos preceptos, aunque recomienda que se utilicen con cautela: “La modificación de estos preceptos se dirige a la mejora del régimen de diligencias preliminares, procedimiento instrumental y subsidiario que tratar de asegurar la eficacia del futuro ejercicio de una acción civil. La finalidad de estas diligencias consiste en recabar hechos, datos y elementos indispensables para la promoción de la acción y solo se admite cuando resultan necesarias para asegurar el éxito del procedimiento principal.

En el expediente se ha discutido el posible alcance de estas medidas, por cuanto existe una indudable tensión entre la protección de los datos de carácter personal (como la dirección IP de los usuarios) y la necesaria tutela de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital. El necesario respeto al principio de proporcionalidad y a la comunicación limitada de los datos de carácter personal, ha sido esgrimido como límite a las posibilidades de actuación en un procedimiento civil de tutela de derechos privados”. Dictamen 1064/2013 del Consejo de Estado, aprobado el 18 de noviembre de 2013.

cuanto a la esencia misma del ilícito, que si bien existe en el derecho positivo, está de hecho despenalizado. Pero no adelantemos acontecimientos.

¿Y cómo trata el “*Special 301*” a España en su versión de 2011?

*“España permanece en la lista de vigilancia. Los Estados Unidos dan la bienvenida a la reciente aprobación de un instrumento legislativo que proveerá con un mecanismo a los titulares de derechos para retirar o bloquear acceso al contenido ilícito online. España ha demostrado un serio compromiso para afrontar la piratería en Internet a través de esta iniciativa. Los Estados Unidos monitorizarán la implementación de la legislación y urge a España el asegurar que esta responda a todas las formas de piratería en Internet y que provea con una rápida remoción de contenido ilícito. Los Estados Unidos también urgen a España a continuar trabajando para responder a sus preocupaciones adicionales sobre la piratería en Internet, incluyendo la incapacidad de los titulares de derechos para obtener la información necesaria para encausar a los usuarios infractores en casos relacionados con la piratería en Internet. Además, una Circular de la Fiscalía General de 2006 que parece despenalizar el intercambio ilegal de materiales ilícitos a través de las redes P2P continúa siendo una fuente de preocupación. Las demoras en la adjudicación de [todo tipo de] casos son comunes en el sistema judicial español, y los jueces no parecen imponer condenas en el ámbito penal para delitos relacionados con la piratería en Internet. Los Estados Unidos esperan continuar trabajando con España para responder a esta y otras preocupaciones”*²⁷⁹.

²⁷⁹ “Spain remains on the Watch List. The United States welcomes the recent passage of legislation that will provide a mechanism for rights holders to remove or block access to infringing content online. Spain has demonstrated a serious commitment to addressing piracy over the Internet with this initiative. The United States will monitor implementation of the legislation and urges Spain to ensure that it addresses all forms of piracy over the Internet and that it provides for the swift removal of infringing content. The United States also urges Spain to continue to work to address additional concerns about piracy over the Internet, including the inability of rights holders to obtain identifying information necessary to prosecute online IPR infringers. Additionally, a 2006 Prosecutor General Circular that appears to decriminalize illegal peer-to-peer file sharing of infringing materials remains of concern. Delays in the adjudication of cases are common within Spain’s judicial system, and judges do not appear to impose criminal penalties for IPR infringement crimes. The United States looks forward to continuing to work with Spain to address these and other concerns”. Special 301 Report 2011, Representante de Comercio de los Estados Unidos, Oficina Ejecutiva del Presidente, 2009, Pág. 39. http://www.ustr.gov/webfm_send/2841, (consultado por última vez el 28 de septiembre de 2012). (Traducción del autor).

Así pues, el “*Special 301*” se congratula del inicio de la tramitación de la llamada “*Ley Sinde*”, a la que el informe daba la bienvenida como “*un mecanismo [con el que se provee a] los titulares de derechos para retirar o bloquear acceso al contenido ilícito online*”, y que como veremos finalmente no aprobaría el Gobierno del Partido Socialista, ya que se echó atrás literalmente en el último momento, habiendo de esperar a que se aprobara bajo el nuevo gobierno del Partido Popular. El informe se felicita además por la buena disposición de las autoridades españolas para combatir la piratería, aunque sigue lamentándose de que no se pueda acceder a la identidad real de los usuarios que intercambian ilegalmente archivos; de la lentitud del sistema judicial español; de la reticencia de los tribunales españoles a dictar sentencias condenatorias en contra de los infractores de derechos de autor en el ámbito penal; y, como no, de la persistencia de nuestra ya vieja conocida la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado ²⁸⁰.

Finalmente, en el informe correspondiente al año 2012, España salió de la lista de vigilancia del informe “*Special 301*”, lo que se explica el informe bajo el epígrafe “*desarrollos positivos*” ²⁸¹. La Sección dedicada a nuestro país se lee de la siguiente manera:

“En reconocimiento de los recientes esfuerzos realizados por España con respecto a la protección [de los derechos de autor] y a la represión de los actos relacionados con la piratería en Internet, los Estados Unidos han extraído a España de la lista de vigilancia. Los Estados Unidos aplauden la adopción por España de reglamentos que implementen la “Ley Sinde” ²⁸², una Ley [destinada a] combatir la piratería a través de Internet. Los Estados Unidos monitorizarán la implementación de estas medidas y su efectividad en conjunto a la hora de afrontar la piratería de los derechos de autor ²⁸³. Los Estados Unidos continúan teniendo serias preocupaciones con respecto a la persecución penal de actos de piratería relacionada con Internet, particularmente la Circular de la Fiscalía General de 2006 que parece despenalizar el intercambio de materiales ilícitos vía redes

²⁸⁰ No obstante el Congreso de EE.UU. publicó en junio de 2011 un informe en que seguía considerando a nuestro país como uno de los cinco más problemáticos del mundo en materia de derechos de autor (junto a China, Ucrania, Canadá y Rusia). V. VERDÚ, DANIEL, *El congreso de EE UU coloca a España entre los cinco países más 'piratas' del mundo*, Diario El País, 2 de junio de 2011, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/06/02/actualidad/1306965608_850215.html, (visitado por última vez el 15 de diciembre de 2012). Lo cual indica que la salida de España de la Lista se debió más bien a la buena disposición de las autoridades americanas que a la realidad.

²⁸¹ “*Positive Developments*”.

²⁸² En el original.

²⁸³ “*Copyright*” en el original.

P2P, y urge a España a tomar medidas para remediar este significativo problema. Los Estados Unidos trabajarán con España para afrontar este y otros problemas” ²⁸⁴ .

Por tanto, finalmente España salió de la “lista negra” del informe “*Special 301*” en el año 2012, por mor de la aprobación de la “*Ley Sinde*”, trasmutado el nombre por el que popularmente se la conocía en “*Ley Sinde-Wert*”. No obstante el informe se sigue quejando de la existencia de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que aparece repetidamente y de manera estelar en todos y cada uno de los cuatro informes que hemos referenciado en este trabajo. ¿Por qué? Vamos a aplazar la respuesta momentáneamente, puesto que analizaremos esta Circular en el próximo punto de este trabajo. Lo que sí podemos adelantar es que la explicación se encuentra íntimamente relacionada con el límite de copia privada.

Si algo se habrá podido atestiguar a estas alturas que el informe “*Special 301*”, si peca de algo, no es de falta de claridad. Es más, el informe es cristalino tanto en cuanto a la identificación de los problemas desde el punto de vista norteamericano, como en cuanto a los objetivos proyectados y deseados, además de declarar la firme resolución de los EE.UU. de trabajar con las autoridades españolas para la consecución de tales objetivos. Por ello resulta doblemente hipócrita el que algunos se escandalizaran y rasgaran públicamente sus “vestiduras antimperialistas” tras la publicación por WIKILEAKS de los cables entre la embajada de EE.UU. en Madrid y el Gobierno norteamericano, acusando a este de presionar a las autoridades españolas para adoptar una legislación efectiva para afrontar el tema de las descargas ²⁸⁵ , dándole un carácter ficticiamente conspirativo a lo que estaba redactado, publicado, y publicitado extensivamente en los sucesivos y periódicos informes “*Special 301*”.

²⁸⁴ “*In recognition of Spain’s recent efforts with respect to IPR protection and enforcement, the United States has removed Spain from the Watch List. The United States applauds Spain’s adoption of regulations implementing the “Ley Sinde,” a law to combat copyright piracy over the Internet. The United States will monitor the implementation of these measures and their overall effectiveness in addressing online piracy. The United States continues to have serious concerns with respect to criminal IPR enforcement, particularly the 2006 Prosecutor General Circular that appears to decriminalize peer-to-peer file sharing of infringing materials, and urges Spain to take steps to remedy this significant problem. The United States will work with Spain to address these and other issues”*. *Special 301 Report 2011*, Representante de Comercio de los Estados Unidos, Oficina Ejecutiva del Presidente, Pág. 9, <http://www.ustr.gov/sites/default/files/2012%20Special%20301%20Report.pdf>, (consultado por última vez el 28 de septiembre de 2012). (Traducción del autor).

²⁸⁵ *EE UU ejecutó un plan para conseguir una ley antidescargas*, Diario El País, 3 de diciembre de 2012, http://www.elpais.com/articulo/espana/EE/UU/ejecuto/plan/conseguir/ley/antidescargas/elpepuesp/20101203elpepu_nac_52/Tes, (consultado por última vez el 28 de septiembre de 2012).

Por todo lo señalado, en el Informe “*Special 301*” para el año 2013, España continuaba fuera de todas las categorías de la “Lista negra”, aunque se mencionaba que nuestro país debería someterse a una “Revisión extraordinaria” o “revisión fuera de ciclo” (“out-of-cycle review” o OCR). El propio Informe explicaba este extremo:

*“Una “revisión fuera de ciclo” (OCR) es una herramienta que el Representante de Comercio de los EE.UU. utiliza con el objeto de estimular los progresos en problemas preocupantes relativos a la propiedad intelectual. Provee una oportunidad para conseguir un compromiso reforzado con [nuestros] socios comerciales con el objeto de abordar y remediar dichos problemas. La resolución satisfactoria de problemas específicos relativos a la propiedad intelectual puede conducir a un cambio en el estatus de un socio comercial en una lista “Special 301” fuera del normal transcurso anual del Informe “Special 301”. Aunque España no aparezca en la lista del Informe “Special 301” para el año 2013, el Representante de Comercio de los EE.UU. conducirá un OCR sobre España enfocado en particular sobre los pasos concretos que España haya realizado con el objeto de combatir la piratería en Internet”*²⁸⁶.

Es decir, se le otorgaba a nuestro país un voto de confianza, puesto que sobre el papel se habían dado algunos pasos positivos con el objeto de revertir la catastrófica situación anterior. No obstante, y precisamente por causa de la inoperancia de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, creada por la “Ley Sinde-Wert”, el Informe Special 301 para el año 2014 recomendaba que España volviera a ingresar en la lista de vigilancia del “*Special 301*” de no tomarse efectivamente medidas contra la piratería en materia de derechos de autor, dándose el reingreso de nuestro país como seguro entre muchos sectores de la industria de contenidos española²⁸⁷. Por su parte, en las recomendaciones anejas al Informe “Special 301” para el año 2014 realizadas por la Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual (o “*International*

²⁸⁶ “An Out-of-Cycle Review (OCR) is a tool that USTR uses to encourage progress on IPR issues of concern. It provides an opportunity for heightened engagement with trading partners to address and remedy such issues. Successful resolution of specific IPR issues of concern can lead to a change in a trading partner’s status on a Special 301 list outside of the typical time frame for the annual Special 301 Report. Although Spain is not listed in the 2013 Special 301 Report, USTR will conduct an OCR of Spain focusing in particular on Spain’s concrete steps to combat copyright piracy over the Internet”. *Special 301 Report 2013*, Representante de Comercio de los Estados Unidos, Oficina Ejecutiva del Presidente. Pág. 7. (Traducción del autor).

²⁸⁷ VERDÚ, DANIEL, *España, a punto de reingresar en la lista negra de la piratería*, Diario El País, 12 de febrero de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/12/actualidad/1360688564_380064.html, (consultado por última vez el 2 de marzo de 2013).

Intellectual Property Alliance”) de aquí en adelante IIPA) ²⁸⁸ al Representante del Departamento de Comercio de EE.UU. se puede leer lo siguiente:

“La Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual recomienda que el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos continúe si “revisión de fuera de ciclo” de España en 2014, y devuelva a España a la “Lista de vigilancia” si la protección efectiva del “copyright” no se mejorara notablemente durante el año 2014” ²⁸⁹ .

En este extenso Informe (publicado con anterioridad a las reformas del Anteproyecto de Reforma de la Ley Intelectual de 2013 por parte del Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil aprobado por Consejo de Ministros el 21 de febrero de 2014, y que desdibuja notablemente, como veremos más adelante ²⁹⁰ , el modelo de límite de copia privada restringido que contenía el Anteproyecto) reconoce los esfuerzos del actual Gobierno de España dirigidos a reformar la actual regulación legal que permite la rampante piratería; aunque señala acusatoriamente (y con razón) la nula transmutación efectiva de tales esfuerzos. La piratería en España ²⁹¹ , especialmente en el ámbito de Internet (advierde el Informe), sigue siendo moneda común. El Informe vuelve a citar casi ocho años después de su promulgación la Circular 1/2006 (es decir, la perversión realizada con el límite de copia privada) como una de las causas primeras que originan la piratería, principalmente en lo que concierne al evidente deterioro de la “norma social” en nuestro país con respecto a la efectividad del Derecho

²⁸⁸ La Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual es una coalición de propietarios de derechos de explotación norteamericana formada principalmente por industrias de contenidos que realizan recomendaciones al Departamento de Comercio con respecto a la situación de los derechos de propiedad intelectual en diversos países del mundo. Posteriormente el Departamento del Tesoro aceptará o no estas recomendaciones a la hora de elaborar el Informe; aunque lógicamente entienda que la Industria es quien conoce de primera mano (puesto que es quien actúa sobre el terreno) la situación en cada país. Para conocer más sobre la IPAA me remito a su página web www.iipa.com/aboutiipa.html.

²⁸⁹ “IIPA recommends that USTR continue its out-of-cycle review of Spain in 2014, and return Spain to the Special 301 Watch List if copyright enforcement fails to improve markedly in 2014”. *International Intellectual Property Alliance (IIPA) 2014 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement*. Disponible en <http://www.iipa.com/rbc/2014/2014SPEC301SPAIN.PDF>. (Consultado por última vez el 13 de mayo de 2014) (Traducción del autor).

²⁹⁰ Cuando estudiemos el límite de copia privada en Derecho Español y analicemos individualmente cada uno de los elementos que contiene su regulación legal, haremos especial hincapié en la evolución de la concepción del límite, incluyendo las reformas del mismo previstas tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de Ley de reforma de la LPI.

²⁹¹ Y el pernicioso efecto que esta tiene sobre toda Latinoamérica, puesto que compartimos idioma, y las comunicaciones ilícitas de obras sujetas a los Derechos de Autor se originan aquí.

de Autor. Tal y como se están desarrollando los acontecimientos no sería de extrañar que España volviera a la “lista negra” del Special 301 en breve.

2.2 **Análisis de la situación de la industria española de contenidos.**

2.2.1 **Consideraciones generales.**

En algún punto del pasado otoño, asistí a un congreso académico en Pittsburg, EE.UU. Mi pequeña exposición versaba esta vez sobre la transfiguración de la página de descargas sueca THE PIRATE BAY en un partido político ²⁹². Durante el turno de preguntas uno de los asistentes, músico, me realizó la pregunta del millón:

-¿Y cómo piensa esta gente que yo voy a vivir de mi trabajo, entonces?

Para mi sorpresa, la totalidad de los asistentes asintió con la cabeza a esta pregunta. No pude evitar pensar cuan diferente hubiera sido este escenario de habernos encontrado en España. De hecho, invité al lector a que realice un experimento. Vaya a cualquier diario digital y busque una noticia sobre intercambio de archivos, sobre la “Ley Sinde”, sobre el canon digital, o sobre el Derecho de Autor en general. Sírvasse ir a la sección de comentarios de la noticia y léalos. Le apuesto lo que quiera a que la proporción de comentarios en contra del Derecho de Autor, abogando por el libre intercambio de archivos, o sencillamente pidiendo la cabeza de cualquiera remotamente relacionado con la industria de contenidos, resulta abrumadoramente superior a aquellos comentarios que defienden el derecho a lo que el asistente a mí presentación reclamaba: ser artista y vivir de su trabajo. Personalmente, me resulta indudable que la inmensa mayoría de los usuarios españoles Piensan que el uso y disfrute de las obras de creación es y debe ser necesariamente gratuito, como el uso y disfrute del aire.

Desgraciadamente esta es la percepción que se tiene de los españoles allende nuestras fronteras. El siguiente párrafo pertenece a un artículo publicado en el diario británico THE ECONOMIST:

“Del mismo modo que a los piratas del Caribe, a los españoles de hoy les gusta el trato de tú me das algo y yo no te doy nada. Cerca de la mitad de todos los usuarios de internet en

²⁹² La presentación se titulaba “*Riding the Wave of Activism: The Pirate Parties vs Intellectual Property*”, y no está publicada. Fue presentada en el marco de la Mid-Atlantic Popular & American Culture Association (MAPACA), el 1 de noviembre de 2012. La referencia se puede encontrar en <http://mapaca.net/conference/schedule/2012-11-01>.

*España utilizan servicios que distribuyen música ilegalmente. El doble que la media de la Unión Europea, de acuerdo a la Federación Internacional de la Industria Fonográfica. [...] Muchos españoles creen que la música y las películas deberían ser gratis. El cómo imaginan que los artistas van a poder comer no lo sabe nadie”*²⁹³.

¿Indignante? Sin duda. ¿Incierto? En absoluto. De todas formas, el corresponsal de THE ECONOMIST no era el único que percibía de tal manera la realidad española. ¿Recuerdan cuando en la introducción a este trabajo les contaba la visita realizada al despacho del profesor HENNESEY; y como este se había interesado sobre la inexplicable razón por la cual los españoles, tan respetuosos con otras formas de propiedad como los ciudadanos de cualquier otro país democrático similar, desdeñaban de tal manera el Derecho de Autor? Tal desdén para él (como para muchos otros) resultaba un hecho inexplicable y asombroso. Su pregunta (y era una buena pregunta) se refería al origen de este indudable sentimiento generalizado.

Porque, habría que preguntarse ¿son conscientes los usuarios de que cuando realizan actos de reproducción no autorizados a través de redes P2P están cometiendo un acto antijurídico? En principio la existencia o no de tal conciencia (a pesar de la importancia transformadora de la realidad de la que goza la “norma social”) resultaría irrelevante desde el punto de vista jurídico; puesto que el primer día que pisé una Facultad de Derecho me enseñaron la siguiente máxima: “*la ignorancia de las normas no exime de su cumplimiento*”. No obstante, autores como XAVIER RIBAS entienden que los usuarios necesariamente han de tener plena conciencia de la antijuridicidad de sus actos ilícitos realizados en la Red. RIBAS se basa en las cláusulas de uso del servicio (es decir, en el contrato) a las cuales prestan su consentimiento los usuarios cuando contratan online con los proveedores de servicio. RIBAS basa su análisis fundamentalmente en el ilícito penal, aunque sus argumentos son transmutables sin dificultad al ámbito jurídico civil:

²⁹³ “*Like the pirates of the Spanish Main, modern Spaniards like to get something for nothing. Nearly half of all internet users in Spain use services that distribute music illegally—double the European Union average, according to the International Federation of the Phonographic Industry. Many Spaniards believe that music and movies should be free. How they imagine the artists will feed themselves is anyone's guess*”. *Ending the open season on artists*. The Economist. 17 de febrero de 2011. Disponible en <http://www.economist.com/node/18184458>, (consultado por última vez el 5 de enero de 2013). (Traducción del autor).

“Cabe preguntarse si los usuarios P2P son conscientes de que están cometiendo un delito. Mi opinión es que la mayoría de ellos lo saben, pero piensan que están protegidos por el anonimato. Como prueba de ello debemos analizar, entre otras, las siguientes circunstancias:

- 1. Licencia [de] programas P2P. La licencia de uso de KAZAA prohíbe expresamente utilizar el programa para infringir derechos de propiedad intelectual y advierte que hacerlo puede exponer al usuario a responsabilidad civil y penal, incluyendo la posibilidad de multas y penas de prisión.*
- 2. Contratos con PSI [Proveedores de Servicios de Internet]. Los proveedores de ADSL establecen en sus contratos la obligación del usuario de hacer un uso del servicio conforme a la Ley y a no transmitir, difundir o poner a disposición de terceros archivos de sonido, imagen, software y cualquier otro contenido que se encuentre protegido por derechos de propiedad intelectual de terceros. El incumplimiento de esta obligación faculta al proveedor para suspender el servicio e incluso resolver el contrato.*
- 3. Advertencias en portales P2P. Como hemos visto, estos sitios web advierten sobre la posible responsabilidad derivada del intercambio de copias no autorizadas.*
- 4. [Exhibición conspicua del] Símbolo © y advertencia legal en las obras protegidas que prohíbe los actos de reproducción, distribución y comunicación pública sin autorización del titular de los derechos, por ser constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual.*
- 5. [Obligación por parte de los usuarios de adherirse a la] Licencia de uso de programas de ordenador, que prohíbe los actos de reproducción, distribución y comunicación pública sin autorización del titular de los derechos por ser constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual”²⁹⁴.*

Así que, resulta evidente que los usuarios tendrían (o deberían tener) conocimiento (entre otros) desde el punto de vista contractual de que cuando realizan actos de reproducción no autorizada de

²⁹⁴ RIBAS, XAVIER, *Compartir copias no autorizadas a través de P2P es delito*, Kriptópolis.com, 26 de julio de 2003. Disponible en <http://www.noticiasdot.com/publicaciones/2004/1004/0110/noticias011004/noticias011004-10.htm>, (consultado por última vez el 5 de enero de 2013).

obras sujetas al Derecho de Autor en la Red, se encuentran cometiendo dolosamente o a sabiendas (o al menos de manera negligente) actos de naturaleza claramente antijurídica. Es decir, resulta de todo punto incierto que los usuarios desconozcan la antijuricidad de sus actos. No consideró necesario recordar que aunque el usuario no lea (no se moleste en leer) las cláusulas generales de contratación que regulan un servicio en la Red, lo relevante desde el punto de vista jurídico es que prestan su consentimiento. Por tanto, desde el punto de vista legal se puede corroborar lo que intuitivamente ya sabíamos: que cuando un usuario se descarga de manera no autorizada una obra sujeta al Derecho de Autor conoce o debería conocer perfectamente la antijuricidad de su acto. Y nuestro usuario tipo no es consciente de tal antijuricidad, es porque ha decidido libremente no leer las cláusulas de contratación del servicio que está utilizando, lo cual nos remitiría al ámbito de la Ley Contractual, específicamente a las normas relacionadas con la validez del consentimiento.

Pero podríamos ir un paso más lejos: los usuarios son conscientes de que cuando se descargan obras de creación de manera no autorizada e ilícita, están realizando un acto escasamente ético. Si el lector se acerca a cualquiera de los foros de opinión que se encuentran al final de cualquiera de las noticias que se refieren en este capítulo, identificará varios de argumentos con que los usuarios intentan legitimar sus actos de reproducción no autorizada. Con el permiso del lector, vamos a realizar un experimento.

En sociología existe una teoría llamada “*teoría de la neutralización*”. Esta teoría fue desarrollada por DAVID MATZA y GRESHAM SYKES, en su artículo “*Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*”²⁹⁵. MATZA identificó cinco técnicas psicológicas por medio de cuya utilización un individuo podría inconscientemente neutralizar la obligación moral subyacente a una norma legal: “la norma social”. Estas técnicas situarían a quienes las utilizaran en una especie de “*vacaciones morales*”, en donde podrían auto-justificar y realizar sin mayor remordimiento actos de dudosa ética; no porque tales actos se convirtieran en éticos, sino porque serían deseables, realizables, y posibles para la persona. Estaríamos hablando de una especie de resorte de bloqueo mental de la moralidad. En ocasiones estas técnicas se generalizan en la sociedad; es decir, se extienden primero a una determinada subcultura y posteriormente a la sociedad en su conjunto, con lo que actos inherentemente inmorales terminan resultando perfectamente normales e

²⁹⁵ MATZA, DAVID, y SYKES, GRESHAM, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, American Sociological Review, Vol. 22, No. 6 (1957), Pág. 664-670.

irreprochables para la práctica totalidad de los ciudadanos ²⁹⁶ . HENRY añadió otras cinco técnicas a las originales, hasta alcanzar un total de diez. Las diez técnicas de neutralización según se recogen en el libro de HENRY son las siguientes: (a) negación de responsabilidad; (b) negación de daño; (c) negación de la víctima; (d) acusación a los acusadores; (e) apelación a lealtades más profundas; (f) metáfora del libro mayor [de contabilidad]; (g) declaración de normalidad; (h) negación de mala fe; (i) declaración de relativa aceptabilidad; (j) declaración del privilegio de desviarse de la norma ²⁹⁷ . El experimento del que hablábamos más arriba consiste lo siguiente: a continuación vamos a explicar brevemente en qué consisten las diez técnicas de neutralización; para posteriormente ilustrarlas con ejemplos relativos al tema que nos ocupa, que seguramente nos resultarán muy familiares:

(a) La negación de responsabilidad.

La técnica de neutralización consistente en la negación de responsabilidad consiste en que quien realiza un acto poco ético se autoexcusa, justificándose a sí misma a través del autoconvencimiento de que ha actuado bajo fuerzas más allá de su control, o condicionado por la circunstancias. Se resume en la frase “*no fue culpa mía*” ²⁹⁸ . La no existencia de una alternativa legal al intercambio de archivos en la Red ha actuado durante mucho tiempo como justificación realizada según esta técnica. Todos hemos escuchado la siguiente justificación: “*yo no me descargaría películas o series de “la mula” si tuviera una forma legal de hacerlo, o si estas no tardaran tanto en llegar a España*”. La apoteosis de este argumento justificativo ha llegado en España con la emisión en EE.UU. del capítulo final de la excelente serie “*Breaking Bad*”, la cual resultaba imposible de ver de manera lícita en España inmediatamente después a su emisión americana (su emisión en un canal español se demoraría un par de meses), y la cual se glosaba sin pudor en periódicos y tertulias de radios comerciales al día siguiente. Obviamente todos los periodistas y críticos televisivos habrían visto el capítulo final de “*Breaking Bad*” de manera ilícita, y sin embargo, todos

²⁹⁶ HENRY, STUART, *Short Introductions, Social Deviance*, Polity Press, Malden, Massachusetts, EE.UU. (2009). Pág. 59.

²⁹⁷ (a) Denial of responsibility; (b) denial of the injury; (c) denial of victim; (d) condemnation of the condemners; (e) appeal to higher loyalties; (f) metaphor of the ledger; (g) claim of normality; (h) denial of negative intent; (i) claim of relative acceptability; (j) claim of privilege to deviate. Ídem. Pág 60-65. (Traducción del autor)

²⁹⁸ Ídem. Pág. 60.

los artículos transpiraban una glorificación encubierta de la piratería, condenando sin ambages a la industria de contenidos por no haber emitido el capítulo en España simultáneamente a su emisión americana. Así, el argumento justificatorio del “hurto cultural famélico” tiene plena vigencia en nuestro país.

(b) La negación del daño.

La negación del daño es otra técnica de autojustificación que se basa en el autoconvencimiento de quien realiza un acto escasamente ético de que tal acto no ha causado ningún daño a los demás; de que no existe ninguna víctima reconocible. Por lo tanto, se razona, puesto que un determinado acto resulta poco ético principalmente cuando se causa un daño a otro, y tal daño (aparentemente) no se ha causado, consecuentemente el acto en cuestión no es inmoral ²⁹⁹. Resulta interesante como en el marco del Derecho de Autor, debido a las especiales características de la copia digital (que no es un bien consumible en el sentido tradicional de la misma manera en que lo es la copia analógica ³⁰⁰), el acto de apropiarse de manera no autorizada de una copia digital no resulta un acto reprobado socialmente de la misma forma que lo sería apropiarse de una copia analógica (por ejemplo, hurtándola de unos grandes almacenes). Los actos antijurídicos contra el Derecho de Autor se consideran por la mayoría de los ciudadanos como “crímenes sin víctima”, aunque en realidad las víctimas existen: los titulares de derechos sobre las obras copiadas, la industria de contenidos, y la propia sociedad en general, que sufre un manifiesto empobrecimiento cultural. Además, existe otra víctima (quizá la más importante): la moral colectiva. Pedimos a los poderes públicos honradez, cuando en el ámbito de Internet nosotros mismos nos apropiamos de la propiedad ajena sin ningún rubor. ¿Qué dice esto de nosotros como sociedad?

(c) La negación de la víctima.

En la técnica de neutralización consistente en la negación de la víctima; es decir, que quien realiza el acto dudosamente ético acepta el hecho de que existe una víctima, o un

²⁹⁹ Ídem.

³⁰⁰ ¡Algunos economistas, como por ejemplo el mencionado JUAN RAMÓN RALLO, han basado en esta no consumibilidad de la obra de creación su aseveración de que la propiedad intelectual no es propiedad!

damnificado o damnificados concretos y reconocibles. No obstante, el actor argumenta que el damnificado o los damnificados no gozan del derecho a reclamar el “*status*” de víctima, puesto es él, o son ellos quienes han provocado el acto poco ético actuando de una manera asimismo escasamente ética. Por tanto la persona damnificada merecería los daños resultantes del acto poco ético como merecido castigo a su infamia. Con el acto poco ético realizado por quien se autojustifica de alguna manera se restauraría la justicia y el estado de las cosas original ³⁰¹. De nuevo, en el marco de la justificación de las descargas ilícitas, todos hemos oído hablar de la voracidad de la industria discográfica, de las subvenciones “que pagamos entre todos” a la industria del cine, etc. Esta demonización sin piedad de las víctimas de los actos infractores del Derecho de Autor casa muy bien con esta técnica de neutralización.

(d) La acusación a los acusadores.

Mediante la técnica consistente en acusar a los acusadores al actor intenta autojustificar o auto excusar su acto dudosamente ético cuestionando el derecho del damnificado, o incluso de los distintos instrumentos punitivos del Estado a actuar en contra de su conducta poco ética, o hasta a juzgar o censurar moralmente la conducta del damnificado o damnificados, apuntando a que aquellos asimismo realizan conductas similares a las realizadas por el actor ³⁰². Por ejemplo, en plena polémica con motivo de la inminente aprobación de la ley “*Sinde-Wert*”, algunos medios de comunicación se apresuraron a publicar que se habían detectado casos de descargas de contenidos sujetos al Derecho de Autor desde las sedes del Ministerio de Cultura español, y de la SGAE ³⁰³. Evidentemente, el motivo no es otro que aportar argumentos neutralizadores que consiguieran que los usuarios que realizaran actos ilícitos similares se autoafirmaran en la idea de que tales actos no podrían en ningún caso ser reprobables moralmente, porque “*lo hacen hasta ellos*”. Es este otro ejemplo de la degradación y degeneración moral de la ciudadanía española que, sea preexistente a la

³⁰¹ Ídem.

³⁰² Ídem. Pág. 62.

³⁰³ CRIADO, MIGUEL ÁNGEL, *La SGAE y el Ministerio de Cultura también descargan*, Diario Público, 15 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.publico.es/culturas/412429/la-sgae-y-el-ministerio-de-cultura-tambien-descargan>. (Consultado por última vez el 10 de enero de 2013).

generalización de las descargas o no, desde que esta generalización se ha producido se manifiesta de forma flagrante.

(e) La apelación a lealtades más profundas.

En esta técnica quien realiza el acto escasamente ético se justifica basándose en el argumento de que a realizar tal acto perseguía materializar un valor moral o ético de mayor entidad axiológica que aquel que poseen y defienden aquellos quienes le acusan ³⁰⁴. En el marco de esta técnica de neutralización se circunscriben los argumentos que apelan a un derecho fundamental a la cultura, que como veremos no existe como tal en la CE, y ante el que deberían ceder los derechos de propiedad ³⁰⁵. Otros justifican los actos de reproducción ilícitos situándolos en un marco de contestación social ³⁰⁶. Y están también quienes llevan a la trinchera o a la barricada las tesis doctrinales radicalistas sobre el Derecho de Autor de las que hablábamos más arriba.

(f) La metáfora del libro mayor de contabilidad.

La técnica de neutralización conocida como la “*metáfora del libro mayor de contabilidad*” se refiere a que quien realiza el acto escasamente ético acepta y admite la inmoralidad de su acto en sí mismo considerado, pero no obstante solicita a los acusadores o jugadores que pongan este acto en el contexto de todas las buenas acciones realizadas por el actor en su vida diaria. Por lo tanto el acto poco ético, en perspectiva no resultaría tan significativo del carácter del actor ³⁰⁷. Es el “yo pago mis impuestos, soy buen padre, y algo tan nimio como descargarme películas y música ilegalmente no me convierte ni en un delincuente ni en una mala persona”. Es de reseñar que a diferencia de lo que ocurre en los EE.UU., mi experiencia personal me ha enseñado que al español medio (y en esto incluyo no solo a los ciudadanos sino a algunos creadores de opinión) no encaja demasiado bien expresiones

³⁰⁴ Ídem.

³⁰⁵ Pongo este ejemplo porque me parece el más claro desde el punto de vista de la jerarquía constitucional, sin meterme en otras dialécticas axiológicas del Derecho de Autor con otros valores constitucionales, como por ejemplo el derecho a la intimidad personal.

³⁰⁶ El autor de este trabajo ha llegado a escuchar a alguna persona que “*sólo se descargaban ilícitamente cine español*”, por razón de una supuesta retribución a las posiciones políticas de algunos miembros de la industria cinematográfica española.

³⁰⁷ Ídem.

comunes en América como por ejemplo “*robar música y películas*”, “*delincuencia digital*”, “*hurto en la Red*”, y otras similares; llegando incluso a ofenderse en ocasiones. Esto no puede ser sino por la escasa fuerza coactiva que tiene la norma social en cuanto a las descargas ilícitas de obras de creación. Muchos usuarios se encuentran honesta y sinceramente convencidos de que son ciudadanos intachables, mientras cometen actos de apropiación indebida de obras de creación que son a la vez antijurídicos e inmorales. Es la prueba del nueve de las desastrosas consecuencias que la reducción a la práctica de las teorías revisionistas del Derecho de Autor ha tenido en España.

(g) La declaración de normalidad.

En esta técnica de neutralización, quien realiza el acto de dudosa ética, lo auto-excusa apuntando a que en el marco de su contexto social, todo el mundo realiza actos similares. Por tanto, dada la normalidad del acto en el ámbito social, la moralidad del mismo no debiera ser cuestionada³⁰⁸. La asistencia a esta técnica de neutralización resulta evidente en la sociedad española. Eliminada la coercividad de la “norma social” en cuanto a las descargas ilícitas, los miembros del grupo social no pueden sino contemplar el acto inmoral que es la realización de descargas ilícitas, no solo como “normal” sino incluso con simpatía. Como veremos, las estadísticas confirman la práctica generalización de los actos ilícitos e infractores los derechos de explotación de los autores en España. Además, mi percepción personal no es otra que efectivamente la conculcación del Derecho de Autor es la norma en España, y que la batalla de la concienciación social a través de la educación (campanas informativas, y similares) está perdida. Sólo mediante una represión efectiva de los aparatos coercitivos del Estado, que precisamente por la falta de fuerza coactiva de la norma social resultará sin duda tremendamente impopular se podría revertir la situación.

(h) Negación de la mala fe.

Esta técnica de neutralización consiste en que quien realiza el acto carente de ética acepta la responsabilidad por cualquier daño causado por el mismo, pero al mismo tiempo argumenta que no pretendía causar daño alguno con tal acto, puesto que no podía anticipar

³⁰⁸ Ídem. Pág. 63.

las consecuencias negativas de mismo ³⁰⁹ . Puedo admitir, otra vez basándome en mi percepción personal, que en España muchos usuarios (hasta podría admitir que la mayoría) realmente conculcan el Derecho de Autor sin mala fe. La mayoría de la población no se pregunta por los derechos de propiedad intelectual cuando se descarga una película una canción de la Red, y ya no hablemos de si se preocupan de las consecuencias negativas que estos actos suponen para los titulares de derecho, para la industria de contenidos, para el orden público, y para la imagen general del país en el exterior. A este estado mental “naive”, o carente de maldad, de muchos de los usuarios que realizan actos inmorales de apropiación indebida en la Red ha contribuido sin duda la irresponsable actuación de los poderes públicos, la insoportable complejidad de las normas jurídicas sobre la propiedad intelectual, y la irresponsable actuación desde un principio de los medios de comunicación tanto mayoritarios como minoritarios (y de todas las tendencias políticas).

(i) La declaración de relativa aceptabilidad.

Bajo la técnica de neutralización conocida como “*declaración de relativa aceptabilidad*”, el acto escasamente ético se posiciona en el contexto de otros actos que revisten mayor gravedad desde el punto de vista moral. Por lo tanto quien realiza el acto inmoral defiende que en comparación con esos otros actos más “serios” este resulta aceptable debido al su inocuidad relativa ³¹⁰ . No es inusual hoy en España (yo mismo lo he escuchado en multitud de ocasiones) escuchar el argumento en que se comparan los actos de reproducción y comunicación no autorizados de obras sujetas al Derecho de Autor con otros actos de mayor gravedad. Evidentemente no es lo mismo descargarse de una canción una película de una Red P2P que robar un banco; aunque la diferencia en comparación no dota de moralidad o eticidad al primer supuesto, simplemente relativiza su gravedad. No me cabe ninguna duda que sí y cuando se llegue a endurecer la legislación sobre Derecho de Autor en España, uno de los argumentos principales que se escuchará desde las tribunas de opinión será el de la supuesta inocuidad de las conductas que realizan los usuarios al descargarse obras de manera no autorizada en comparación a los (múltiples y multimillonarios) actos de corrupción política.

³⁰⁹ Ídem.

³¹⁰ Ídem. Pág. 64.

(j) Declaración del privilegio de desviarse de la norma.

Finalmente, en esta técnica quien realiza el acto poco ético lo justifica basándose en que ha invertido una mayor cantidad de energía, riesgo, valentía en el marco general de sus actividades, por lo que esta persona merece el privilegio de realizar actos de dudosa moralidad en compensación por sus “sacrificios”³¹¹. Esta técnica de neutralización se encontraría en las posiciones más radicales en contra del Derecho de Autor, y en algunos de los usuarios con un mayor nivel de conocimiento tecnológico. Estos usuarios constituyen el grueso de la guerrilla anti-derechos de autor; y sus acciones influyen creando opinión en el resto los usuarios. Son los “*anonymous*”, “*hackers*”, “tecnologistas”, y similares.

El problema también radica en la errónea concepción general que sobre la propiedad intelectual se tiene en España. Muchos usuarios piensan que el pago de una conexión a Internet les autoriza a descargar o tener acceso a todo el material protegido por el Derecho de Autor que deseen; otros creían que el pago de la compensación equitativa por el límite de copia privada les habilitaba para disponer libremente de obras protegidas por el Derecho de Autor; y hay hasta quien se lamentaba de que el ordenamiento jurídico al obligarles a pagar un canon, les considerara piratas en potencia, sin prestar atención a la presunción de inocencia (argumento este que se apoyaba en la generalizada idea de que el canon digital no se pagaba como compensación por el límite de copia privada, sino de que en realidad era una especie de tasa sobre la piratería³¹²). Si además ponemos sobre este escenario actos administrativos como por ejemplo la Circular 1/2006, que expresamente señala que la descarga de archivos de la red sin ánimo de lucro “comercial” se halla amparado por el límite de copia privada, empezaremos a comprender el por qué la Ley de Propiedad Intelectual vigente en la práctica no es más que papel mojado en lo que respecta a la infracción de los derechos de explotación en la Red, en un país respetuoso de otra manera con todas las otras formas de propiedad.

³¹¹ Ídem.

³¹² *Los españoles rechazan pagar por descargas mientras exista el canon*, Diario Público, 26 de febrero de 2012, Disponible en <http://www.publico.es/363315/los-espanoles-rechazan-pagar-por-descargas-mientras-exista-el-canon>, (consultado por última vez el 18 de diciembre de 2012).

La consecuencia práctica del generalizado desdén hacia el Derechos de Autor en España es que en el año 2011, según un estudio de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (*International Federation of the Phonographic Industry*, o IFPI) España se encontraba a la cabeza del mundo porcentualmente en el “*ranking*” de usuarios de webs dedicadas a la descarga no autorizada de obras de creación ³¹³. Tristemente casi la mitad de los usuarios de Internet (es decir la mayoría de la población española) descargaban de manera no autorizada obras protegidas por el Derecho de Autor.

El problema alcanzó tal magnitud que incluso alguna de las compañías multinacionales cinematográficas principales se planteó seriamente dejar de comercializar DVD’s en España, medida sin duda drástica, que ya se había puesto en práctica con anterioridad en Corea del Sur. El periódico LOS ANGELES TIMES abundaba en este tema:

“Entre 2006 y 2008, las descargas ilegales de películas en España crecieron desde los 132 millones al año a los 350 millones al año, de acuerdo con la compañía de investigación Media-Control GfK, al mismo tiempo el número de DVD vendidos o alquilados cayó un 30%. Algún Estudio [de cine] ve a España ya como un mercado perdido.

La gente se está descargando películas en cantidades tan grandes, que España está a punto de no resultar un mercado viable para nosotros en el [negocio del] entretenimiento casero” señala MICHAEL LYDON, presidente de SONY PICTURES ENTERTAINMENT”

³¹⁴.

¿Exageraba el Sr. LYDON? No si repasamos los porcentajes de obras pirateadas por sectores de la industria cultural durante el año 2010, “*el de la música es el más afectado -un 97,8% de las*

³¹³ VERDÚ, DANIEL, *España, número 1 mundial en usuarios de webs no autorizadas*, Diario El País 20 de enero de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/01/20/actualidad/1295478004_850215.html, (consultado por última vez el 18 de diciembre de 2012). El estudio, que dedica su página 15 enteramente a España, se puede descargar junto con otros estudios que cubren hasta el año 2012 (a 18 de diciembre de 2012, cuando escribo esta nota a pie de página), se encuentra disponible en http://www.ifpi.org/content/section_resources/dmr-archive.html.

³¹⁴ “*Between 2006 and 2008, illegal movie downloads in Spain went from 132 million a year to 350 million, according to research firm Media-Control GfK, at the same time that the number of DVDs sold or rented fell by 30%. Some studios now see Spain as a lost market.*

“People are downloading movies in such large quantities that Spain is on the brink of no longer being a viable home entertainment market for us,” said Michael Lynton, chairman of Sony Pictures Entertainment”. In Spain, Internet piracy is part of the culture, FRITZ, BEN, In Spain, Internet piracy is part of the culture, Los Angeles Times, 30 de marzo de 2010, Disponible en <http://articles.latimes.com/2010/mar/30/business/la-fi-ct-spain30-2010mar30>, (consultado por última vez el 1 de octubre de 2012). (Traducción del autor).

*canciones consumidas fueron pirateadas- , seguido del cine (77,1%) y los videojuegos (60,7%). El mercado pirata de los libros digitales alcanza el 35,1%”*³¹⁵ . Aún más, si atendemos a las cifras en pérdidas específicas en dinero, las cifras empiezan a resultar mareantes: “*los estudios sobre la Red en España coinciden en que si todo lo que se descarga de forma ilegal se pagase, el mercado de contenidos digitales podría ser tres veces mayor de lo que es actualmente. El valor de lo pirateado en películas asciende a 2.382,5 millones de euros; en música a 2.291,6 millones de euros; en videojuegos a 246,2 millones, y en libros a 200,5 millones*”³¹⁶ . En cuanto al mercado digital de libros en España “*el primer informe del Observatorio de Piratería, relativo al segundo semestre de 2009, señalaba que el 19,7% de los contenidos en el mercado del libro digital son 'pirateados', lo que supuso una merma de recaudación de 200,5 millones*”³¹⁷ ; y debido a la aparición del iPad “*las descargas no autorizadas de libros digitales se han duplicado respecto al último semestre del año anterior y ha pasado de representar el 19% del total del mercado a más del 35%, según informaron en fuentes del sector editorial*”³¹⁸ . Estos datos coinciden con el estudio de la consultora independiente IDC RESEARCH IBERIA para el segundo semestre del 2010: “*La tasa de piratería fue, en media ponderada, del 78,6% en el segundo semestre de 2010, un 3,4% más que en el mismo periodo del año anterior. Por sectores: la música alcanzó el 97,9% y las películas el 75,8%. Le siguen en tasa de piratería los videojuegos, con un 66,2%, y el libro, que registró una piratería del 43,5%. [...] El valor total de los contenidos pirateados asciende a 5.562,1 millones de euros; es decir, casi cuatro veces el valor del consumo legal. Por segmentos, el valor de lo pirateado en música fue de 3.051 millones de euros; en películas 1.546,3 millones; videojuegos 383,7 millones de euros, y en el sector del libro fue de 581,1 millones*”³¹⁹ . Esta misma consultora ofrecía los siguientes datos para el año 2012: “*La tasa de piratería es en media del*

³¹⁵ MUÑOZ, RAMÓN, MUÑOZ, RAMÓN, *El mercado pirata de contenidos es casi cuatro veces mayor que el legal*, Diario El País, 4 de noviembre de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/11/04/cultura/1288825204_850215.html, (consultado por última vez el 5 de octubre de 2012).

³¹⁶ *Descargas muy 'legales'*, Diario El País, 20 de junio de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/06/20/eps/1277015219_850215.html, (consultado por última vez el 4 de octubre de 2012).

³¹⁷ MUÑOZ, RAMÓN, y RODRÍGUEZ MARCOS, JAVIER, *La tableta da alas al libro 'pirata'*, Diario El País, 3 de noviembre de 2010, Disponible en http://elpais.com/diario/2010/11/03/cultura/1288738801_850215.html, (consultado por última vez el 5 de octubre de 2012).

³¹⁸ Ídem.

³¹⁹ *Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales*, IDC RESEARCH IBERIA, segundo semestre del 2010, Disponible en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201104/12/cultura/20110412elpepucul_1_Pes_PDF.pdf. (Consultado por última vez el 10 de octubre de 2012).

77,3% para el conjunto de los mercados analizados, si bien música, con un 98,2%, y películas, con el 73,9%, son los que mayores porcentajes alcanzan, seguidos de videojuegos, un 61,7%, y de libros, el 49,3% [...] Por tipo de contenidos, los resultados son los siguientes: El valor de lo pirateado para la industria de la música alcanzó en el primer semestre de 2011 un total de 2.746,4 M€. El valor de lo pirateado para la industria de las películas alcanzó en el primer semestre de 2011 un total de 1.401,6 M€. El valor de lo pirateado para la industria del videojuego en el primer semestre de 2011 en un total de 288,2 M€. El valor de lo pirateado para la industria del libro fue en el primer semestre de 2011 de un total de 793,1 M€”³²⁰. El estudio además distinguía entre “i) Descargas P2P - incluye aplicaciones y protocolos como eMule, Ares y BitTorrent y; ii) descargas directas - por medio de servidores como Megaupload, RapidShare y MediaFire”³²¹. Distinción que como veremos no es baladí, ya que la Sentencia del Tribunal de Apelación en el caso Elrincondejesus.com ha dotado a dicha diferenciación de efectos legales³²². El último estudio publicado hasta la fecha, es el del Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales de 2013, publicado el 9 de abril de 2014. El Estudio (que es citado expresamente en el último informe “*Special 301*”, y que el Gobierno califica de “no contrastado”³²³, aunque la crítica del Gobierno al Estudio en gran parte se centra sobre el análisis que este realiza y a los datos que acerca de la –más que evidente- inoperancia de la Comisión de Propiedad Intelectual), “calcula que valor total de lo pirateado online supera los 16.136 millones de euros: 6.067 millones de euros en contenidos musicales, 3.814 millones en cine, 4.418 millones en videojuegos y 1.837 millones en libros. Todos los tipos de contenido se piratean más que en 2012, a excepción de la música, que muestra un leve descenso. Los libros, por el contrario, acusan la subida más significativa, al haberse triplicado en 2013 el valor de lo pirateado con respecto al año anterior”³²⁴. El propio Consejo de Estado del Reino de España, en su Dictamen 1064/2013

³²⁰ Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, IDC RESEARCH IBERIA, primer semestre del 2011, Disponible en <http://www.adese.es/pdf/Observatoriodepirateria.pdf>. (Consultado por última vez el 10 de octubre de 2012).

³²¹ Ídem.

³²² Sentencia 83/2011 de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Disponible en http://estaticos.elmundo.es/documentos/2011/03/sentencia_rincon.pdf. (Consultado por última vez el 10 de octubre de 2012).

³²³ AGENCIAS, *Cultura dice que los datos sobre piratería “no están contrastados”* Diario El País, 9 de abril de 2014. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/09/actualidad/1397059765_038984.html. (Consultado por última vez el 14 de mayo de 2014).

³²⁴ LÓPEZ PALACIOS, IÑIGO, “El 84% de todos los contenidos culturales adquiridos en España es pirata”, Diario el País, 9 de abril de 2014.

sobre el último Anteproyecto de Reforma de la LPI de 28 de noviembre de 2013, reconoce como fiables los siguientes y escalofriantes datos:

“...según los resultados del Observatorio de Piratería y Hábitos de consumo de contenidos digitales, realizado por la consultora independiente GfK, y que se encuentra alojado en la sede electrónica del Ministerio de Cultura, los accesos digitales ilegales en el año 2012 supusieron 3.049 millones de descargas, cuyo valor aproximado era de más de 15.200 millones de euros (un 41 % más que en 2011). Según dicho Observatorio, las descargas ilegales comportaron pérdidas para las industrias culturales de unos 1.200 millones de euros, que dejaron además de generar casi 25.000 empleos directos y 124.000 empleos indirectos, con las correlativas consecuencias para el erario público de 500 millones de euros, que se dejaron de ingresar por IVA, cotizaciones a la Seguridad Social e IRPF. Según el mismo informe, el 51 % de los internautas descarga contenidos ilegales, siendo los accesos a música de un 32 %, a películas de un 43 %, a libros de un 12 % y a videojuegos de un 7 %. La mitad de los accesos ilícitos se produce sobre novedades en el mercado; un 22 % considera que la actuación ilegal no daña a nadie y un 17 % que su práctica ilegal no tiene consecuencias graves”.

Además, si consideramos que prácticamente la mitad de los beneficios totales de una película provienen de la venta y alquiler de DVD, resulta muy preocupante que *“la recaudación por entradas vendidas en los cines subió ligeramente durante el 2009, reflejando una tendencia mundial en que las personas van más al cine durante la recesión, puesto que resulta una experiencia social de bajo coste... [pero] el mismo dólar recaudado en taquilla genera de tres a diez veces más gasto en el mercado de video casero en Alemania o el Reino Unido que en España”* en palabras de Joe Drake, presidente del grupo cinematográfico de Lions Gate Entertainment. *“La piratería representa una porcentaje masivo de esa diferencia”* ³²⁵.

Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/09/actualidad/1397039187_622486.html. (consultado por última vez el 14 de mayo de 2014).

Presentación del Observatorio de Piratería y Hábitos de consumo de contenidos digitales de 2013, 9 de abril de 2014. Disponible en <http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/Observatorio-pirater%C3%ADa-2013-Ejecutivo.9-abril-2014.pdf>. (Consultado por última vez el 14 de mayo de 2014).

³²⁵ *“Spanish box-office receipts were up slightly in 2009, reflecting a worldwide trend of people going to movie theaters amid the recession as a low-cost social experience... “The same box-office dollar generates anywhere from three to 10 times as much home-video spending in Germany or the U.K. as in Spain,” said Joe Drake, motion picture group president for Lions Gate Entertainment. “Piracy is a massive piece of that difference”.*

A nadie se le debería escapar que si este inmenso torrente de dinero (o incluso la mitad, o la cuarta parte del mismo) se inyectará al mercado lícito de contenidos, los beneficios para el Estado en su conjunto serían notables; no sólo por lo que este se ahorraría en subvenciones ³²⁶, sino también por lo que recaudaría en concepto de impuestos sobre la actividad económica que representa al fin y al cabo la explotación de contenidos culturales ³²⁷, además de que la industria volvería a crear bastantes de los puestos de trabajo que se han perdido en el sector por culpa de la piratería, puesto que la piratería significa a efectos contables para la Hacienda del Estado exactamente lo mismo que la economía sumergida. A fin de cuentas estamos hablando de la destrucción de un sector de la economía que es privado, y que en España representaba en el 2010 nada menos que 800.000 puestos de trabajo, y el 5% del Producto Interior Bruto (PIB) ³²⁸; y que a pesar de los pesares en el año 2012 aún significaba un nada despreciable 4% del PIB y 600.000 puestos de trabajo ³²⁹. Como muy bien apuntaba un portavoz de la industria del cine en medio de la batalla por la aprobación de la *“Ley Sinde”* *“Esto no ha hecho más que empezar. Debemos de una vez para siempre hacer frente a los piratas. Si ellos presionan, nosotros no podemos quedarnos de brazos cruzados. Que nos cuenten qué impuestos pagan, cuántos trabajadores tienen en nómina, cómo abonan el IVA todas esas páginas de descargas ilegales”* ³³⁰.

No vamos en este trabajo a caer en la tentación de culpar a las descargas ilícitas del cierre de los videoclubs físicos, ya que la crisis de estos (aunque notablemente acelerada por la piratería) es estructural, puesto que la evolución del mercado en otros países nos demuestra que éste es sin duda un modelo de negocio con fecha de caducidad ³³¹. No obstante la piratería sí es responsable de

³²⁶ Subvenciones que existen en la mayoría de los países de nuestro entorno, no solo de manera directa, como en el caso francés, sino también de manera indirecta en el modelo americano, a través de beneficios y deducciones fiscales.

³²⁷ Según CARLOTA NAVARRETE, Directora de la Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos *“El mercado pirata no paga impuestos por lo que las arcas del Estado han dejado de ingresar 495 millones de euros, cifra nada despreciable para aminorar algunos importantes recortes sociales”*. Ver *Uno de cada dos internautas accede a “productos ilegales” en España*, Diario El País, 27 de febrero de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/27/actualidad/1361966543_413140.html, (consultado por última vez el 3 de marzo de 2013).

³²⁸ *Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales*, IDC RESEARCH IBERIA, Segundo Semestre de 2010,

³²⁹ HERMOSO, BORJA, y VERDÚ, DANIEL, *La cultura, ante su peor momento*, Diario El País, 26 de septiembre de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/09/26/actualidad/1348692120_825811.html, (consultado por última vez el 5 de enero de 2013).

³³⁰ GARCÍA, ROCÍO, *Rebelión (también) en el mundo del cine*, Diario El País, 12 de diciembre de 2010, Disponible en http://elpais.com/diario/2010/12/21/cultura/1292886001_850215.html, (consultado por última vez el 12 de diciembre de 2012).

³³¹ *“Alrededor de 3.400 millones de películas se verán por streaming en Estados Unidos este año, más del doble que el pasado (1.400 millones). La cifra también supera el visionado en DVD/Bluray, que será de 2.400 millones, un 7,7%*

que muchas productoras insignia del cine español, como por ejemplo FILMAX³³², hayan entrado en quiebra o en concurso de acreedores, y de que hayamos llegado al extremo de que los propietarios de contenido se vean forzados a realizar reclamaciones administrativas al Gobierno por no cumplir con su deber de defender la propiedad³³³, lo cual resulta asombroso fuera de nuestras fronteras, amén de difícil de explicar para los españoles que nos dedicamos a de una forma u otra al Derecho de Autor, y que vivimos fuera de nuestro país. Al mismo tiempo los esfuerzos desarrollados por un número reducido de emprendedores ultra-optimistas para ofrecer una alternativa legal a los usuarios se han estrellado repetidamente contra la falta de protección legal contra la competencia desleal, por lo que hasta el año 2011 la mayoría de las contadas webs legales (es decir, aquellas que compensan a los creadores por la puesta a disposición de sus obras) habían tenido que cerrar ante la manifiesta competencia desleal que suponen las descargas y el “streaming” ilícito³³⁴ (aunque esta situación parece haber mejorado últimamente), mientras que en otras jurisdicciones mucho más respetuosas con la propiedad intelectual, los titulares de derechos sí que llevan tiempo apostando decididamente por la explotación de obras de creación en Internet, y de hecho ya nos encontramos en fases avanzadas en la transición de la comercialización de DVD físicos a un modelo de negocio de explotación integral de contenidos en la Red³³⁵. El mismo estudio que desgana las inaceptables cifras de la piratería en España asevera que “*hay espacio para un mercado legal si se pone coto a la piratería*”³³⁶.

menos que en el ejercicio anterior”. REVENTÓS, LAIA, *El 'streaming' está matando a la estrella del Blu ray*, Diario El País, 26 de marzo de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/03/26/actualidad/1332755574_671555.html, (consultado por última vez el 12 de diciembre de 2012).

³³² *Las descargas se cargan a la productora de REC*, Diario Público, 30 de julio de 2010. Disponible en <http://www.publico.es/culturas/330326/las-descargas-se-cargan-a-la-productora-de-rec>, (consultado por última vez el 5 de octubre de 2012).

³³³³³³ *Discográficas independientes reclaman 300 millones al Gobierno por la 'piratería'*, Diario El País, 14 de diciembre de 2010, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2010/12/14/actualidad/1292281203_850215.html, (consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

³³⁴ *Taquilla en el salvaje oeste*, Diario El País, 17 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/10/cultura/1294614002_850215.html. (Consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

³³⁵ JIMÉNEZ CANO, ROSA, *La industria de Hollywood apuesta por Internet frente al DVD*, Diario El País, http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/01/07/actualidad/1294394464_850215.html, (consultado por última vez el 18 de diciembre de 2012). Ver también <http://www.uvuu.com/what-is-uv.php>, (consultado por última vez el 18 de diciembre de 2012).

³³⁶ *Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales*, IDC RESEARCH IBERIA, primer semestre del 2011, Disponible en <http://www.adese.es/pdf/Observatoriodepirateria.pdf>, (consultado por última vez el 10 de octubre de 2012).

Un ejemplo de que las industrias culturales cuando se hallan protegidas efectivamente por la Ley no son en absoluto inmovilistas, y de que están más que dispuestas a abrazar un nuevo modelo de negocio es la transición que se está produciendo en EE.UU. de la televisión por cable convencional hacia las plataformas legales de acceso vía “*streaming*”, como por ejemplo NETFLIX y HULU PLUS. Las últimas noticias son que “*2,65 millones, o el 26% de los suscriptores a televisión por cable en EE.UU. abandonaron su suscripción de los años 2008 a 2011, en favor de servicios exclusivamente en red (NETFLIX, OTA, etc); 1,05 millones solamente en 2011. Nosotros prevemos que este número de desertores del cable alcanzará en número de 3,58 millones (el 3,6%) durante el año 2012*”³³⁷. Un factor crucial para la realización efectiva de este trasvase es la diferencia de precio de estos servicios con los servicios de cable convencionales. Ante esta nueva realidad, las propias empresas de televisión por cable han desarrollado sus propias plataformas digitales en la Red, que se ofrecen gratuitamente al usuario con su suscripción a la televisión por cable, y que permiten al usuario disfrutar del último capítulo de la ultimísima serie de la cadena de televisión HBO en su portátil, tablilla, etc.³³⁸. Esta realidad esto no hace más que demostrar que el mercado de los contenidos, si no se distorsiona desde los poderes públicos, se halla por sí solo más que capacitado de atender diligentemente a las demandas de los usuarios a un precio razonable.

Sin embargo, resulta bastante habitual escuchar el argumento de los que poniéndose falsamente en la piel de los autores, pontifican que las leyes sobre Derecho de Autor no han sido diseñadas para proteger a estos; sino a la industria de contenidos. Bajo la epidermis de este falaz argumento subyace la decimonónica idea de que todo empresario es un ser intrínsecamente malvado; cuando es precisamente la expansión de la industria editorial a lo largo del siglo XX (de todo tipo de contenidos) la responsable directa de que estemos viviendo una edad de oro en la que existe como nunca anteriormente un inmenso patrimonio cultural disponible para los todos ciudadanos. Permítanme citar un párrafo de GUILLERMO ALTARES:

³³⁷ “*2.65 million (2.6%) US TV subscribers cut their TV subscriptions 2008-11 to rely solely on Online, Netflix, OTA, etc, 1.05 million (1%) in 2011 alone. We forecast cord cutters will reach 3.58 million year end (3.6%) 2012*”. *The Battle for the North American (US/Canada) Couch Potato: Online & Traditional TV and Movie Distribution*, The Convergence Consulting Group Limited, estudio realizado en abril de 2012. Pág. 10. (Traducción del autor). Disponible en <http://www.convergenceonline.com/downloads/NewContent2012.pdf>. (consultado por última vez el 21 de diciembre de 2012).

³³⁸ No obstante, Canal+ España ha puesto en marcha una iniciativa parecida en España en los estertores de la realización de este trabajo. No tengo datos suficientes para saber si operan con pérdidas; aunque de no ser así serían la excepción.

*“Seguramente circulan por la red estupendas traducciones wiki y libres del fardo viejuno del copyright de Guerra y Paz. Como soy muy ignorante, no las conozco. El clásico de TOLSTOI me ha proporcionado uno de los grandes momentos de placer literario de mi vida y se lo debo a un veterano editor, MARIO MUCHNIK, y a una veterana traductora, LYDIA KÚPER (fallecida este año). MUCHNIK es un viejo profesional del libro y empaquetó una obra maestra, desde la cubierta con un dibujo de EDUARDO ARROYO, hasta el peso del papel (el menor posible para leer mejor un volumen tan considerable) y las infinitas y minuciosas correcciones, hasta, naturalmente, la traducción en sí. ¿De verdad es una indecencia que cobren por su trabajo?”*³³⁹ .

Por tanto, habrá que convenir en que el problema español no es una invención de la embajada americana en Madrid, del redactor de las listas contenidas en los sucesivos informes “*Special 301*”, ni de un contubernio procedente de la industria de contenidos global. El propio nuevo Ministro de Educación y Cultura JOSÉ IGNACIO WERT manifestaba acertadamente el mismo día de su toma de posesión que “*Nadie va a respetar la cultura de un país que lidera el ranking de descargas ilegales. Por ese camino no vamos a ninguna parte*”³⁴⁰ .

Dado que mi propósito para esta parte del trabajo que el lector tiene en sus manos no es otro que dibujarle el contexto fáctico del problema que tratamos, me parece oportuno en este momento indagar un poco más sobre la situación de las distintas industrias culturales en España de manera autónoma. Debido a que el tema de nuestro trabajo es el límite de copia privada y los problemas que ha planteado en España, y este límite no se aplica al “*software*”, es decir a los programas de ordenador³⁴¹ , no analizaremos esta industria en profundidad; aunque es de señalar que, seguramente en parte porque no les resulta de aplicación el límite, la tasa de piratería en esta industria, aun siendo elevada y superior a la media europea (sobre un 35%), no alcanza los

³³⁹ ALTARES, GUILLERMO, *El derecho de los autores*, de su blog “Papeles perdidos”, 26 de diciembre de 2011. Disponible en <http://blogs.elpais.com/papeles-perdidos/2011/12/el-derecho-de-los-autores.html>, (Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

³⁴⁰ RUIZ MANTILLA, JESÚS, “*Nadie respeta la cultura de un país que lidera las descargas ilegales*”, Diario El País, 26 de diciembre de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/12/26/actualidad/1324854001_850215.html, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

³⁴¹ Que quedan excluidos expresamente del límite por el artículo 31.2. de la LPI; y a los que se aplica el artículo 100.2 de la misma Ley, que permite a los usuarios de realizar una copia de seguridad.

exorbitantes niveles que podemos apreciar en otras industrias de contenidos ³⁴² . No obstante, los actores de la industria del “software” también se quejan amargamente de que en España “los usuarios, además, *“dan poco valor a los derechos de propiedad intelectual y a sus creadores”, algo que, según la BSA* ³⁴³ , *“también influye la incapacidad que muestran los usuarios españoles para distinguir el ‘software’ legal del ‘software’ ilegal”. Según el estudio, “sólo el 55% de los encuestados” en España -en un estudio de actitud realizado Ipsos Public Affairs con entrevistas a más de 15.000 empresas y usuarios de PC en 32 mercados- “opina que los creadores deben ser recompensados, frente a la media mundial del 71%”* ³⁴⁴ .

2.2.2 El cine.

El 18 de febrero de 2012 se celebró la gala de entrega de los Premios Goya, en principio la gran fiesta del cine español. Mediada la ceremonia, llegó el momento en que el Presidente de la Academia tomó la palabra para abordar la cuestión principal en mente de todos los presentes. Los cambios incluirán inevitablemente, sí: modelos de financiación ³⁴⁵ , restricción de las subvenciones ³⁴⁶ , instauración de incentivos fiscales que fomenten el mecenazgo, etc.; pero el mayor cambio ya había ocurrido. GONZÁLEZ-MACHO articuló una declaración de principios:

“Todos somos internautas (...) pero la realidad, por el momento y probablemente por un espacio de tiempo demasiado largo, es que Internet no forma parte de la actividad económica del cine. No dudamos de que formará parte esencial de nuestro futuro, pero ese futuro todavía no ha llegado (...) Hoy por hoy, prácticamente la totalidad de la

³⁴² *La industria del ‘software’ alerta del incremento de los niveles de ‘piratería’ en España*, Diario El Mundo, 12 de abril de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/05/12/navegante/1305193055.html>, (consultado por última vez el 19 de diciembre de 2012).

³⁴³ Business Software Alliance (BSA), en su VIII Estudio sobre Piratería de Software en todo el mundo.

³⁴⁴ Ídem.

³⁴⁵ Como por ejemplo la petición que se hizo por la industria a la Administración sobre la instauración del “céntimo audiovisual”, imitando y ampliando el modelo francés. V. BELINCHÓN, GREGORIO, *Quién da un céntimo por la industria del cine*, Diario El País, 29 de septiembre de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/09/28/actualidad/1348857874_313897.html, (Consultado por última vez el 5 de enero de 2013).

³⁴⁶ El Fondo de Protección a la Cinematografía se recorta un 35%, de 76 millones de euros a 49, y El Instituto de Cinematografía y las Artes Audiovisuales también desciende un 35,4% (de 106 millones a 68,86 millones); según las asignaciones de los Presupuestos generales del Estado para el año 2012. Además, de los 49 millones de euros, sólo 9 irían a parar a la subvención de nuevos rodajes; mientras que el resto se destinaría a pagar compromisos anteriores con los productores de películas ya estrenadas, y a festivales cinematográficos. SEISDEDOS, IKER, y GARCÍA, ROCÍO, *El cine español se lleva la peor parte del recorte de los presupuestos*, 3 de abril de 2012. Diario El País, 3 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/04/02/actualidad/1333395117_112099.html, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

*economía del cine, los recursos que hacen posible la producción cinematográfica, no proceden de Internet, proceden esencialmente de las salas cinematográficas, de la televisión, del DVD y de otras formas de comercialización”*³⁴⁷.

El discurso de GONZÁLEZ-MACHO, como no podía ser menos, fue objeto de intenso debate en los medios de comunicación durante los días posteriores a su pronunciación. Opiniones encendidas y contrapuestas se extendieron a través de la Red y de los medios de comunicación³⁴⁸. Por una parte, algunos acusaron al presidente de la Academia del Cine de dinosaurio, de defender un modelo de negocio moribundo, de inmovilista trasnochado alejado y desconectado de la realidad (acusación tremendamente injusta e indocumentada o interesada, puesto que si alguien conocía la realidad de la explotación de obras audiovisuales en la Red de primera mano, este era GONZÁLEZ-MACHO, artífice de FILMIN, una de las primeras webs dedicadas al alquiler lícito de películas en la Red, y una de las que dispone de un mayor catálogo hoy en día). Por otra parte, otros apuntaron a lo obvio: que España está años luz de otros países (verbigracia, EE.UU.) en cuanto a la existencia efectiva para los usuarios de una alternativa lícita a las redes de enlaces que dirigen a las redes P2P, y al “streaming” y descarga ilícita desde servidores o webs de almacenamiento de contenidos (como por ejemplo, la extinta MEGAUPLOAD). Además a esto hay que añadir medidas a mi juicio contraproducentes como por ejemplo la subida del IVA para bienes culturales (excepto para los libros) al tipo máximo del 21%³⁴⁹, que en una situación de crisis económica severa, como la que atraviesa España, ha provocado (lógicamente) un descenso aún mayor de la asistencia a las salas, y una caída de la adquisición de obras audiovisuales en soportes tangibles, y que no me cabe duda ha significado un repunte de la piratería en la Red. Si esta subida se hubiera realizado en una situación de seguridad jurídica para los titulares de derechos

³⁴⁷ Discurso de Enrique González Macho, Judith Colell y Marta Etura en los Premios Goya 2012. Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=NrYoyB4UGNU>, (consultado por última vez el 11 de noviembre de 2012)

³⁴⁸ Ej. v. DE LA IGLESIA, ALEX (antiguo Director de la Academia del Cine), *El vacío está ya bajo nuestros pies*, pieza de opinión publicada en el Diario El País, 20 de febrero de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/02/20/actualidad/1329771088_462187.html, (consultado por última vez el 4 de enero de 2013).

³⁴⁹ Medida impositiva que según un estudio de PRICEWATERHOUSE provocará un efecto opuesto al pretendido puesto que irónicamente “la recaudación de Hacienda en los cines descenderá casi diez millones de euros con la aplicación del IVA del 21%. Y, lo que es más grave aún, obligará a cerrar 859 salas (el 21% de las 4.044 registradas en 2011), que significará el despido de 3.500 empleados”. Estudio de PRICEWATERHOUSE referenciado en el artículo: *La subida del IVA amenaza de cierre al 21% de las salas de cine*, Diario El País, 1 de agosto de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/08/01/actualidad/1343847516_602837.html, (consultado por última vez el 5 de enero de 2013). No obstante, las últimas noticias parecen indicar que el Gobierno tiene previsto que el IVA cultural baje próximamente.

sobre obras audiovisuales en la Red, quizá hubiera supuesto una potenciación de un mercado lícito alternativo en ella, y hasta quizá hubiera resultado positiva a largo plazo. En la situación actual es una medida ineficiente en todos los sentidos, que sólo se explica por el especialísimo contexto político derivado de la estigmatización de la industria audiovisual en España.

De hecho, existen cifras objetivas que hablan por sí mismas (hecha la salvedad anterior de que la piratería no es la única responsable del declive del mercado de alquiler de obras audiovisuales en soporte tangible; estas cifras hay que leerlas en relación comparativa con los países de nuestro entorno): *“Hace siete años, en 2003, el mercado español era el quinto del mundo videográfico: el vídeo daba sus estertores y arrancaba impetuoso el DVD. Las distribuidoras videográficas generaban 400 millones de euros de negocio y había 12.000 videoclubes. En 2009, esas mismas empresas han ganado 115 millones de euros; y España ha caído a la octava posición; quedan menos de 3.000 videoclubes”*³⁵⁰. Los estudios de la industria dan cifras aún más escalofrantes (aunque creíbles): *“el 40% de los 30.000 empleos directos generados por el sector en 2004 han desaparecido. Y entre 2006 y 2008, según la empresa GfK, las descargas no autorizadas pasaron en España de 132 millones a 350 millones”*³⁵¹. El problema no es baladí, según el diario EL PAÍS *“Entre 2005 y 2009 el mercado del DVD ha perdido cerca de un 60% de sus ingresos: ha pasado de generar 430 millones de euros a 178 millones, según los datos de la Unión Videográfica Española (UVE). Calcula que de los 30.000 empleos directos que el sector generaba hace cinco años el 40% se han esfumado. Según datos del Ministerio de Cultura, en sólo cinco años (desde 2004) se han vendido 30 millones de unidades de DVD menos hasta dejar el total en 10 millones”*³⁵². En cuanto a la producción cinematográfica en España, durante los cuatro primeros meses de 2012 (según cifras del Instituto de la Cinematografía y las Artes Audiovisuales (ICAA) estaba prevista que se comenzaran a rodar un total de 25 obras cinematográficas, frente a los 74 durante

³⁵⁰ BELINCHÓN, GREGORIO, *El globo sonda de la huida de Hollywood de España*, Diario El País, 2 de abril de 2010, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2010/04/02/actualidad/1270159201_850215.html, (visitado por última vez el 15 de diciembre de 2012).

³⁵¹ Ídem.

³⁵² *La película de la piratería en España*, Diario El País, 31 de marzo de 2010, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2010/03/31/actualidad/1269986405_850215.html, (Consultado por última vez el 19 de octubre de 2012).

el mismo periodo el año anterior, de los cuales solamente 10 eran películas de ficción, y el resto documentales ³⁵³ .

Así pues, tras lo expuesto en este punto, parece una obviedad señalar que la situación de la industria cinematográfica española es crítica, y no me cabe duda que en gran medida la indudable generalización de la piratería en nuestro país en el ámbito de la Red es el factor determinante de este declive.

2.2.3 **Los libros.**

El mercado del libro digital en España se ha comenzado a desarrollar muy posteriormente a los países de nuestro entorno socio-económico, y aún ahora muchos autores eligen de manera consciente permanecer fuera de él, muy probablemente tras observar lo que ha ocurrido con otras industrias de contenidos en nuestro país. Quizá no les falte razón a los que se temían lo peor, puesto que, tal y como argumenta PETER MENELL de manera muy convincente, el mercado editorial del libro, aunque ha sido el último en haber sido afectado sustancialmente por la piratería digital, es el que a la larga sufrirá el mayor impacto negativo en la era digital por razón de su propia arquitectura:

“Finalmente la industria editorial podría ser la industria de contenidos más vulnerable a [los actos de] reproducción y comunicación ³⁵⁴ puesto que el contenido (texto) resultará siempre directamente perceptible ³⁵⁵ (y por tanto susceptible de ser copiado; aunque sea a través de actos de escaneado o fotocopia). Es más, las bibliotecas han comenzado a interesarse por la puesta a disposición ³⁵⁶ de eBooks a través de sus páginas web (...) Mientras que la música y el contenido audiovisual es susceptible de ser encriptado de

³⁵³ SEISDEDOS, IKER, y GARCÍA, ROCÍO, *El cine español se lleva la peor parte del recorte de los presupuestos*, 3 de abril de 2012. Diario El País, 3 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/04/02/actualidad/1333395117_112099.html, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

³⁵⁴ Aunque MENELL utiliza el término “*distribution*”, he preferido traducir este por comunicación, ya que los actos a que este autor se refiere no implican la distribución de copias de obras de creación en soporte tangible, tal y como exige el artículo 19 de la LPI. El motivo no es otro que esta distinción formal entre distribución y comunicación no se ha formalizado aun en el derecho positivo norteamericano (aunque sí en los tratados internacionales; como por ejemplo el Tratado de Berna). en EE.UU. por tanto se sigue utilizando el término distribución para designar de manera global ambos conceptos.

³⁵⁵ Por el ser humano, recordemos el concepto de “invisibilidad digital” de MOOR.

³⁵⁶ El mismo argumento que dos notas más arriba, excepto que esta vez he optado por utilizar “*puesta a disposición*” en lugar de comunicación.

manera que el usuario no puede ver el contenido sin autorización, la esencia³⁵⁷ de los libros (el texto) resultará siempre disponible [para su copiado] puesto que los libros se comercializan [también] en forma tangible. Por tanto, los potenciales copistas se encontrarán en disposición de escanear dicho contenido [transformándolo de su formato analógico] a formato digital en unas pocas horas tras la salida al mercado de un libro”³⁵⁸

Sin embargo, en los EE.UU., el libro en formato digital se ha impuesto en el mercado de manera espectacular, y desde febrero del 2011 se venden en el país norteamericano más libros en formato digital que en formato analógico³⁵⁹, y este porcentaje no ha hecho más que aumentar desde entonces. Incluso las previsiones más conservadoras apuntan a que para el año 2020 el 50% del mercado editorial en el mundo será digital³⁶⁰. No obstante, un estudio del Ministerio de Cultura español señalaba que aunque “Anualmente la industria del libro español mueve cerca de 4.000 millones de euros, el 0,7% del PIB, y da empleo a más de 30.000 personas. Sin embargo, por el momento, de acuerdo con las cifras de Comercio Interior del Libro en España, el ebook, con una facturación de 51,2 millones de euros en 2009, representa el 1,6% de la facturación total del libro”³⁶¹. La idea más significativa que se podía extraer de este estudio es que pese a la amplia oferta de aparatos y soportes existentes en el mercado, aptos para usar y disfrutar en ellos el libro digital, la oferta de contenidos en nuestro país resulta muy escasa, principalmente por el justificado miedo

³⁵⁷ La arquitectura.

³⁵⁸ “Ultimately the publishing industry may be the most vulnerable content industry to unauthorized reproduction and distribution because the content (text) will always be directly perceptible (and hence subject to copying, even if through scanning or re-typing). Furthermore, libraries have become interested in distributing eBooks through their websites... Whereas music and audiovisual content can be encrypted in such a way that the user cannot see the content without authorization, the essence of books (the text) will always be available to the extent that the books are sold in hard copy form. Therefore, would-be copyists will be in a position to scan such content into digital form within hours of a book's release”. MENELL, PETER S., Symposium: IV. Can our Current Conception of Copyright Law Survive the Internet Age?: *Envisioning Copyright Law's Digital Future*, New York Law School Law Review Vol. 46 (2002). Pág. 161. (Traducción del autor).

³⁵⁹ RODRÍGUEZ, SERGIO, *Los libros digitales ya ganan al papel en Estados Unidos*, Diario El Mundo, 16 de abril de 2011, Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/16/navegante/1302946977.html>, (consultado por última vez el 18 de diciembre de 2012).

³⁶⁰ RUIZ MANTILLA, JESÚS, *El libro digital explota en EE.UU.*, Diario El País, 25 de octubre de 2011. Disponible en http://elpais.com/diario/2011/10/25/cultura/1319493601_850215.html, (consultado por última vez el 19 de diciembre de 2012).

³⁶¹ *Situación actual y perspectivas del libro digital en España*, Documento de trabajo Observatorio de la Lectura y el Libro, Abril de 2011, Pág. 4. Disponible en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201104/15/cultura/20110415elpepucul_1_Pes_PDF.pdf, (consultado por última vez el 19 de diciembre de 2012).

que el mercado editorial tiene a la piratería. Se calcula las ventas procedentes del libro electrónico en España supusieron durante el año 2010 sólo un 2,4% del mercado total, lo que significó un incremento del 37,5% respecto a 2009, facturándose durante el año 2010 70,49 millones de euros sobre un total de 2.890 millones. Aunque en España se editaron a lo largo de 2010 11.748 títulos, un 97% más que durante el año anterior, la mayoría de los libros digitales de más éxito en nuestro país son básicamente técnicos, sobre todo libros sobre derecho y economía, que suponían un 68,9% del mercado digital total español mientras que el porcentaje de obras literarias se mantenía aún en un exiguo 3,7% del mercado digital ³⁶² . Durante el año 2012, muchos de los principales autores españoles que lanzaron sus nuevas creaciones durante la campaña de navidad, se limitan aún al formato analógico, sin duda intentando aprovechar el momento de lanzamiento antes de que sus obras se difundiesen de forma vírica a través de la Red. Curiosamente, algunos de estos autores con fobia al libro electrónico para sus propias creaciones, además ejercen de creadores de opinión, y son firmes defensores del derecho de los usuarios a compartir obras (ajenas) en la Red ³⁶³ . Es el célebre “*do as I say, and not as I do*”.

Este fundado miedo al libro electrónico pronto se mostró fundado, y en los medios de comunicación comenzaron aparecer noticias sobre la industria editorial que desprendían un cierto aroma a “*deja vu*” ³⁶⁴ . Así, las cifras de piratería editorial pronto comenzaron a asemejarse a las

³⁶² *El libro digital explota en Estados Unidos*, Diario El País, 25 de octubre de 2011. Disponible en http://elpais.com/diario/2011/10/25/cultura/1319493601_850215.html, (consultado por última vez el 16 de octubre de 2012).

³⁶³ “La estructura del negocio editorial, y los cambios consecuencia de la aparición del libro electrónico se explican bastante bien en el siguiente texto:

“Hasta el momento, el pastel del libro estaba bien dividido en porciones claras. El 30% iba para el librero, otros porcentajes similares para el distribuidor y el editor -que era quien más arriesgaba en el negocio porque corría con los gastos de la impresión- y un 10%, para el autor.

La irrupción del libro digital cambia el panorama, aunque no de forma tan traumática como ha ocurrido en el cine y la música. Con Librandia, el vendedor conserva su 30%, pero quienes ganan en sus porcentajes son los editores -que ahorran el proceso de impresión- y los autores.

Los creadores negocian nuevos porcentajes. El mercado estadounidense ha implantado un nuevo reparto para los autores que oscila entre un 20% y un 25%. Los agentes negocian los derechos digitales para sus representados en esos términos, tal y como admiten en el Grupo Planeta y en Random-House Mondadori.

Los grandes perjudicados en este nuevo modelo de negocio son los distribuidores y los impresores. El monto que cuesta imprimir y transportar los libros entre los talleres y los puntos de venta queda fuera del reparto en la nueva era digital” RUIZ MANTILLA, JESÚS, *Los editores retan al futuro digital*, Diario El País, 25 de mayo de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/05/25/cultura/1274738401_850215.html, (consultado por última vez el 16 de diciembre de 2012)

³⁶⁴ “*Los editores temen que lo que esperaban que fuera una nueva fuente de ingresos -los contenidos comercializados a través de dispositivos electrónicos- se convierta en un agujero negro. Y es que estiman que, solo por el efecto de la descargas no autorizadas de libros digitales, han dejado de ingresar más de 400 millones de euros de enero a junio*

de otras industrias de contenidos, y así por ejemplo, durante año 2010, según la propia industria “*El valor de lo pirateado ha pasado de 200,5 millones a 581, casi un 190% más y la tasa de piratería se sitúa en el 120,8%*”³⁶⁵, mientras que durante el año 2011, según un estudio de DC y NIELSEN, el valor estimado de los libros reproducidos sin autorización se elevaba a 793’2 millones de euros en su primer semestre. Además, se calculaba en el mismo estudio que en España los usuarios pagarían solamente un 49,3% de los libros adquiridos del total de los publicados; tanto en formato analógico, como digital^{366 367}. Los últimos datos a los que he tenido acceso, correspondientes al año 2012, publicados por el Barómetro de Hábitos de Lectura y Compra de Libros en España 2012, publicado por la Federación de Gremios de Editores de España, indicaban que el 68% de los libros digitales en España se descargan de manera ilícita, por lo que “*Según calcula la industria editorial, el dinero que se deja de ingresar debido a las descargas no autorizadas asciende a 70 millones de euros anuales, un 13% de los beneficios totales del sector, de 2.900 millones*”^{368 369}.

No he encontrado una frase que defina mejor la triste situación de la industria de contenidos en España, que la frase con la que empezaba un artículo del Diario El País dedicado a la escueta oferta

de este año [2010], una cifra mayor que la correspondiente a todo el año anterior” MUÑOZ, RAMÓN, y RODRÍGUEZ MARCOS, JAVIER, *La tableta da alas al libro 'pirata'*, Diario El País, 3 de noviembre de 2010, Disponible en http://elpais.com/diario/2010/11/03/cultura/1288738801_850215.html, (consultado por última vez el 5 de octubre de 2012).

³⁶⁵ *La industria cultural afirma que el 78% de los contenidos que se consumen en España son 'piratas'*, Diario El País, 12 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/04/12/actualidad/1302559202_850215.html, (consultado por última vez el 19 de diciembre de 2012).

³⁶⁶ ARJONA, DANIEL, *Cómo dejar de temer a la piratería editorial*, Suplemento El Cultural del Diario El Mundo, 23 de marzo de 2012. Disponible en http://www.elcultural.es/version_papel/LETRAS/30761/Como_dejar_de_temer_a_la_pirateria_editorial, (consultado por última vez el 21 de diciembre de 2012).

³⁶⁷ Aún hay más datos descorazonadores: “*En el año 2011, según GFK, se vendieron 280.000 dispositivos pero sólo se descargaron legalmente 220.000 libros electrónicos, es decir, ni una descarga por lector vendido, tal vez por la escasa oferta. Según la agencia del ISBN, de 103.000 títulos editados sólo un 17% -17.843 obras- fueron “ebooks”. Y el último Barómetro del Gremio de Editores recoge que el 73% de los encuestados declararon bajarse libros gratis de Internet. Casi el 4% se hizo ya con su “ereader”, un 129% más con respecto a 2010*” Ídem.

³⁶⁸ MANRIQUE SABOGAL, WISTON, *El 68% de los españoles que ‘bajan’ libros de Internet no paga por ello*, Diario El País, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/07/actualidad/1360228328_922211.html, (consultado por última vez el 7 de febrero de 2013).

³⁶⁹ . Otras cifras de la industria editorial indican que aunque “*la oferta ya representa el 22% del total de títulos registrados (13% más que en 2011), al tiempo que ha crecido la piratería: el cálculo es de unos 350 millones de euros de pérdidas, o más exactamente, de dinero dejado de ganar*” SABOGAL, WINSTON MANRIQUE, *El sector del libro dejó de ganar 350 millones por la piratería*, Diario El País, 18 de enero de 2013, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/01/16/actualidad/1358368254_624435.html, (consultado por última vez el 4 de febrero de 2013).

de contenidos digitales existentes en el mercado para los distintos soportes de lectura electrónicos aparecidos durante los años 2010/11:

*“En el mundo del libro se está reproduciendo la circularidad que ya ha afectado a otras industrias culturales: no hay suficiente oferta autorizada por la rampante piratería y la piratería es rampante porque no hay suficiente oferta autorizada”*³⁷⁰.

Y, sin embargo, sin ánimo de resultar reiterativo, lo cierto es que durante las mismas fechas, en EE.UU., el libro digital superaba en ventas al libro analógico de papel³⁷¹, y seguía creciendo por encima de las expectativas iniciales³⁷²; quizá porque, a diferencia de lo que ocurría en España, pronto se observaron las primeras actuaciones en defensa del Derecho de Autor en el mercado editorial³⁷³. Mientras tanto, en España JAVIER CORTÉS, Presidente de la Federación de Gremios de Editores de España constata que *"Se ha quebrado la dinámica en una parte de la cadena del consumo cultural"*; y que *"Lo grave es que queda clara la ineficiencia del modelo oficial contra la piratería"*³⁷⁴. Por tanto, y aunque se han producido noticias positivas, como por ejemplo la entrada en el mercado español de APPLE, que abrió su tienda digital en el 2011, y el lanzamiento de FNAC de su propia versión de libro electrónico, con tecnología española; noticias que demuestran que también aquí, aunque lentamente se va hacia el desarrollo del mercado digital, las cifras en este sector tampoco resultan especialmente alentadoras.

³⁷⁰ *Un informe de Cultura advierte de la escasez de contenidos para 'e-books'*, Diario El País, 3 de noviembre de 2010, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/04/15/actualidad/1302818403_850215.html, (consultado por última vez el 10 de octubre de 2012). El artículo se publicaba con ocasión de la publicación del altamente recomendable estudio *Situación actual y perspectivas del libro digital en España. Documento de trabajo*, Observatorio de la Lectura y el Libro, Abril de 2011. Disponible en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201104/15/cultura/20110415elpepucul_1_Pes_PDF.pdf, (consultado por última vez el 10 de octubre de 2012)

³⁷¹ *Los libros digitales ya ganan al papel en Estados Unidos*, Diario El Mundo, 16 de abril de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/16/navegante/1302946977.html>, (consultado por última vez el 10 de octubre de 2012).

³⁷² *El libro digital explota en Estados Unidos*, Diario El País, 25 de octubre de 2011. Disponible en http://elpais.com/diario/2011/10/25/cultura/1319493601_850215.html, (consultado por última vez el 16 de octubre de 2012).

³⁷³ MARTÍN, JAVIER, *Cerrado el 'megaupload' de los libros*, Diario El País, 16 de febrero de 2012, Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/02/16/actualidad/1329412601_293810.html, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012)

³⁷⁴ MANRIQUE SABOGAL, WISTON, *El 68% de los españoles que 'bajan' libros de Internet no paga por ello*, Diario El País, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/07/actualidad/1360228328_922211.html, (consultado por última vez el 7 de febrero de 2013).

2.2.4 La música

La industria musical, la primera afectada por la piratería digital, sin duda ha sido además la más perjudicada por la llamada “*revolución digital*”³⁷⁵. Resulta evidente que la llegada de la tecnología digital ha impactado profundamente a la industria musical, y no sólo por causa de la piratería en línea. ERIC GARLAND, director de la prestigiosa compañía consultora independiente BIGCHAMPAGNE MEDIA MEASUREMENT expone otras razones estructurales, amén de la piratería, que han contribuido de manera sustancial al declive de ventas en el seno de la industria discográfica³⁷⁶:

- (1) La industria discográfica ha perdido el control sobre la emisión de música a través de medios de comunicación desde un emisor a muchos receptores, como ocurría anteriormente con los 40 Principales u otros programas de promoción musical; programas que han perdido claramente importancia tras el advenimiento de las nuevas tecnologías y los nuevos canales de comunicación interpersonales o inter-grupales (por ejemplo, cuando alguien cuelga un link a una determinada canción en YOUTUBE en su muro de FACEBOOK, está recomendando esa canción a sus “compañeros” de red social).
- (2) Además, la industria discográfica ha perdido la ventaja de lo que lo que es Sr. GARLAND denominaba como “*paquete forzado*”³⁷⁷ de contenido. ¿Qué significa este

³⁷⁵ Esto se debe a que el intercambio ilícito de archivos musicales desde la ya lejana “época NAPSTER” no ha hecho más que crecer de manera ininterrumpida durante la pasada década. Así un estudio independiente señalaba en el año 2009 lo siguiente: “*Diez años después de la creación de Napster, la descarga ilegal de música a través de las redes P2P de intercambio de archivos se ha extendido más que nunca (...) El aumento del número de usuarios de Internet en Europa ha hecho que aumente el número de usuarios de las redes P2P musicales. Entre 2004 y 2009, el número de usuarios de Internet en el Reino Unido, Alemania, Francia, España e Italia aumentó en más de 45 millones. Así, el número de usuarios habituales de las redes P2P pasó de 18,9 millones en 2004 a 29,8 millones en 2009, aun cuando la proporción de los intercambios de archivos musicales por conducto de esas redes se mantuvo relativamente estable en ese mismo periodo*”. Estudio dirigido por Jupiter Research en 2009, por encargo de la IFPI, BPI, IFPI Alemania, FIMI, Promusicae, London Connected/AIM, IMPALA y MPAA, titulado “*Analysis of the European Online Music Market Development & Assessment of Future Opportunities*”. Los datos han sido comunicados en enero 2010 por Gabriela Lopes (Directora de Estudios de Mercado de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica), previa consulta con Shira Perlmutter (Vicepresidenta Ejecutiva, encargada de políticas legislativas mundiales, de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica). Referenciado en AKESTER, PATRICIA, *Las nuevas dificultades para lograr el equilibrio adecuado entre la protección del Derecho de Autor y el acceso al conocimiento, la información y la cultura*, estudio realizado para la 14ª reunión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor de la UNESCO. París. 8 de marzo de 2010. Pág 4.

³⁷⁶ Este párrafo es en parte el resultado de mis notas sobre una charla ofrecida por el Señor GARLAND que se puede encontrar en <http://www.youtube.com/watch?v=FQHbZniyONA> (visitado por última vez el 26 de marzo de 2012).

³⁷⁷ “*Forced bundle*”.

“*paquete forzado*”? Por ejemplo, un CD suele contener alrededor de doce canciones, y el CD (o el “álbum”, si se quiere) era hasta el advenimiento de NAPSTER la unidad mínima de comercialización que manejaba la industria discográfica, aunque como los hechos se encargaron de demostrar, en la mayoría de los casos no se trataba en realidad de una unidad compacta, sino más bien de un paquete (a veces irregular en su calidad) de unidades de contenido, que se forzaba a adquirir a los usuarios como si se tratara de una unidad (por ejemplo, cuando alguien se compraba un CD solamente porque le gustaba una canción). Esta imposición de un “*paquete de contenido*” a los usuarios alcanzó su pináculo a principios de la década de los noventa, con el advenimiento de los CD’s, y cuando muchos usuarios permutaron su discoteca analógica de discos de vinilo por otra digital. Aunque según GARLAND en estos momentos se está consumiendo más música que en cualquier otro momento anterior de la historia de la humanidad, ya sea a través de la adquisición legítima de canciones individuales, a través de su disfrute vía YOUTUBE.COM o de una web similar, o a través de los actos ilícitos de descarga. En términos económicos, la pérdida de la facultad de obligar a los usuarios a adquirir un “*paquete de contenido*” se ha perdido entonces para siempre, con su correlativo e inexorable reflejo en las cuentas de resultados de la industria discográfica.

(3) Además, se ha producido una transformación de la música desde un producto que se compraba y se poseía, a un servicio al que se accede de manera interactiva a través de servicios de “*streaming*” como SPOTIFY, etc. Algunas de estas razones son transferibles a otros tipos de obras de creación; literarias, audiovisuales, etc.; otras no.

Lo que quiero subrayar con lo anteriormente dicho es que la industria de contenidos está sufriendo una transformación sin precedentes, que es coyuntural, y que sin lugar a duda superará ³⁷⁸. Lo que no superará de ningún modo es la competencia desleal continuada. En España además, y como no podía ser menos, la situación resulta especialmente grave: “*La IFPI señala en su informe anual (Digital Music Report) [del 2011] ...en el capítulo especial que dedica a España subraya en rojo que el 45% de los internautas en nuestro país usa frecuentemente webs de descarga de contenidos musicales no autorizados. Es el mayor porcentaje del mundo, el doble de la media del 23%*

³⁷⁸ Aunque hay quien no es tan optimista como yo, y con bastante razón. V. RESNIKOFF, PAUL, *The 13 Most Insidious, Pervasive Lies of the Modern Music Industry...*, Digital Music News, 25 de Septiembre de 2013, <http://www.digitalmusicnews.com/permalink/2013/09/25/lies>, (Consultado por última vez el 12 de octubre de 2013).

europea y a poco de Brasil (44%), el segundo clasificado”^{379 380}. Y es que durante el año 2009 los ingresos del sector musical en España cayeron un 17% respecto a 2008, según datos de la Federación Internacional de la Industria Discográfica, y la caída de ventas acumulada desde 2001 en nuestro país es de un exorbitante 71,46%.³⁸¹. En el informe de la IFPI correspondiente al año 2012 un ejecutivo de la industria discográfica internacional, intentando poner un ejemplo de por qué la piratería resulta letal para este nicho del mercado (y de la creación), se apuntaba lo siguiente:

*“No se puede minimizar la importancia de la piratería (...) España, que debería ser el puntal de [la producción de] repertorio [musical] para los mercados de América Latina e hispanohablante de los EE.UU., es de hecho un mercado muerto. Y mientras tanto, Corea del Sur, en donde existen nuevas leyes antipiratería, el mercado está resurgiendo y en estos momentos su repertorio se extiende más allá de sus fronteras”*³⁸².

Los más perjudicados en nuestro país han sido sin duda los artistas noveles, ya que durante los años 2009 y 2010 desaparecieron del top 50 musical, y del 2003 al 2010, *“la presencia de discos de músicos debutantes se redujo en un 77% en las listas de ventas de todo el mundo”*³⁸³, según el informe anteriormente citado de la IFPI. Esto se explica puesto que las grandes compañías han dejado de invertir en artistas que comienzan y se han centrado en figuras consolidadas que aportan un mayor margen de beneficio. Por tanto, la omnipresente descarga de archivos digitales fonográficos perjudica especialmente a los sectores más débiles de la industria musical, puesto que lanzar al mercado un disco de un artista novel resulta mucho más caro e incierto que lanzar una

³⁷⁹ *La industria musical se asoma al abismo*, Diario El País, 21 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/21/cultura/1295564401_850215.html, (consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

³⁸⁰ *España, número 1 mundial en usuarios de webs no autorizadas*, Diario El País, 20 de enero de 2011, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/01/20/actualidad/1295478004_850215.html, (consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

³⁸¹ FRAGUAS, ANTONIO, *La música, en caída libre*, Diario El País, 22 de enero de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/01/22/cultura/1264114804_850215.html, (consultado por última vez el 15 de diciembre de 2012).

³⁸² “You cannot play down the significance of piracy,” says Wells for Universal. “Spain, which should be the powerhouse of repertoire for Latin America and the US Latin market, is effectively a dead market. Yet in South Korea, where we have new anti-piracy laws, the market is surging and now spreading its repertoire far beyond its own borders”. *Digital Music Report 2012. Expanding Choice. Going Global*. Publicado por la IFPI. Pág. 9. Disponible en <http://www.ifpi.org/content/library/dmr2012.pdf>, (consultado por última vez el 18 de diciembre de 2012). (Traducción del autor).

³⁸³ *La industria musical se asoma al abismo*, Diario El País, 21 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/21/cultura/1295564401_850215.html, (consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

obra de un artista consagrado. Tristemente, parece claro que un fenómeno como la edad de oro del pop español de los años 80, en que una avalancha de artistas nuevos gozó de la oportunidad de grabar su primer disco, y de la que sus supervivientes aún hoy en día constituyen una parte sustancial del mercado autóctono, resultaría hoy en día impensable. Y sin embargo, un argumento muy utilizado por los paladines de la desaparición del Derechos de Autor es el de que los músicos noveles hoy en día pueden hacer música desde su casa por mor de la disponibilidad de medios digitales económicos, dando a entender que los artistas noveles nunca se han encontrado con un momento mejor para despuntar ³⁸⁴. Conozco personalmente el caso de algunos amigos con un talento inmenso, que no me cabe duda que en otra época hubieran podido sin problema alguno como poco vivir dignamente de su arte, y que en estos momentos (mucho antes de la crisis económica) se plantean seriamente tirar la toalla. Es la respuesta a la pregunta que el asistente a mi conferencia en Pittsburg me realizó: -¿Y cómo piensa esta gente que yo voy a vivir de mi trabajo entonces? Respuesta: les da exactamente igual que vivas o no de tu trabajo. De hecho, harías bien en empezar a buscarte otro. Así, de una manera empírica, también aquí no podemos sino llegar a la irrefutable conclusión de que el Derecho de Autor es el mejor (quizá el único) instrumento “*para promover el progreso de las artes*”; tal y como reza la Constitución Americana.

Muchos de los defensores de la idea de abolir el Derecho de Autor en la Red, como por ejemplo DAVID BRAVO, defienden que la Red sirve como instrumento de promoción de los músicos, y que de hecho se vive una época dorada en cuanto a actuaciones en directo, por lo que los conciertos son una buena alternativa para que los autores e intérpretes puedan vivir de su trabajo ³⁸⁵. Sin embargo, ERIC GARLAND no parece compartir la misma opinión ³⁸⁶. Explica el Sr. GARLAND que los artistas veteranos o más famosos (o las dos cosas a la vez) son los que más posibilidades tienen de sobrevivir a base de realizar giras. Los artistas veteranos tienen un repertorio construido durante años, con el que la gente es familiar, lo que hace que puedan llenar salas de conciertos. No

³⁸⁴ Desmonta esta teoría RESNIKOFF, PAUL, *The 13 Most Insidious, Pervasive Lies of the Modern Music Industry...*, Digital Music News, 25 de Septiembre de 2013, <http://www.digitalmusicnews.com/permalink/2013/09/25/lies>, (Consultado por última vez el 12 de octubre de 2013).

³⁸⁵ BRAVO BUENO, DAVID, *Copia este libro*, Editorial Dmem, 2005. Págs. 56-57.

³⁸⁶ ERIC GARLAND es el *Consejero Delegado* de Big Champagne Media Measurement, la empresa que se ha ocupado de monitorizar los números de la Industria musical en la Red y fuera de ella durante los 10 últimos años, y cuyos números gozan de gran peso y autoridad entre todos los sectores involucrados en la industria discográfica, y se citan asimismo a menudo por la doctrina. Ej. v. WITT, AMANDA, *Burned in the USA Should the Music Industry Utilize its American Strategy of Suing Users to Combat Online Piracy in Europe*, Columbia Journal of European Law, vol. 11, 2005. Pág 383-84.

obstante, según el Sr. GARLAND, el negocio de las giras también se halla en claro y profundo declive en los EE.UU.³⁸⁷. En el caso español, los mayores promotores de conciertos musicales en directo de las tres últimas décadas han sido las corporaciones locales y los ayuntamientos, que debido a la crisis ya en 2009 habían bajado su presupuesto para esta partida en un 60% de media³⁸⁸. Con lo cual no parece que esta sea una salida factible para que un autor o músico que empieza en el negocio pueda vivir de la música.

Esto es porque en nuestro país, los principales impulsores de la música en directo han sido desde los años de la llamada “movida” (los primeros 80) las administraciones públicas, principalmente locales. No obstante, la crisis económica se ha llevado por delante también el argumento de la subsistencia de la industria musical a través de las actuaciones en directo, supuestamente promocionadas de manera impagable a través de las descargas gratuitas. Un artículo del Diario El País explicaba este extremo en el año 2010:

*“Las razones de la caída de ingresos de derechos por conciertos son fundamentalmente económicas. La recesión ha recortado las arcas públicas y son precisamente los ayuntamientos los que siguen sosteniendo una parte importante de la promoción de los espectáculos musicales. En este sentido, la campaña estival del año pasado sufrió severos recortes en cuanto a programación, número de fechas, y también en lo que respecta a los cachés recibidos por los artistas en las galas. El chaparrón económico también afecta, es obvio, a las empresas (de alcohol, tabaco u otras) patrocinadoras de conciertos, que han encogido sus aportaciones por esos conceptos”*³⁸⁹.

A esto se le añade que las administraciones locales, cuando contrataban, no pagaban. Según un artículo del diario El Mundo del año 2012: *“En total, la deuda municipal contraída con el sector de la música en directo (formada por un entramado de pequeñas empresas y autónomos) supera*

³⁸⁷ Ídem. Ver también. RESNIKOFF, PAUL, *The 13 Most Insidious, Pervasive Lies of the Modern Music Industry...*, Digital Music News, 25 de Septiembre de 2013, <http://www.digitalmusicnews.com/permalink/2013/09/25/lies>, (Consultado por última vez el 12 de octubre de 2013).

³⁸⁸ “*Canción del verano con 'c' de 'crisis'*”, reportaje del periódico “El país”. Disponible en http://elpais.com/diario/2009/07/02/cultura/1246485601_850215.html (consultado por última vez el 26 de marzo del 2012).

³⁸⁹ El canon salva las cuentas de la SGAE, Diario El País, 25 de febrero de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/02/25/cultura/1267052401_850215.html, (consultado por última vez el 1 de octubre de 2012).

*los 75 millones de euros”*³⁹⁰. La realidad es que las actuaciones en directo, como el resto de la industria de la música vive un momento de carestía: *“La Asociación de Promotores Musicales (APM) corrobora que durante 2011 el número de conciertos experimentó un descenso del 18,3% respecto al año anterior. La facturación bajó un 12,6%. En números absolutos, de 2010 a 2011 se pasó de 4.987 conciertos promovidos a 4.072. En millones de euros, los ingresos menguaron de 205 a 180”*³⁹¹. Según datos de la SGAE *“el número de espectáculos de música popular, la asistencia y la recaudación no para de descender desde 2008. En concreto, en 2011 se celebraron en España 121.724, 5.183 menos que en 2010 (un 4,5% menos) y 16.889 menos que en 2008. Además, el público ha descendido desde los 33 millones de 2008 a los 25 del año pasado”*³⁹². Por si fuera poco, este depauperado mercado se ha reducido a la mitad durante el año 2013 debido a la subida del IVA para actuaciones musicales del 8% al 21%³⁹³. Un destacado músico español admirado en mi adolescencia (JOSE IGNACIO LÁPIDO, ex-líder de la banda 091) explica de manera detallada los márgenes de ganancias de los músicos para sus actuaciones en directo; declaración que a mi juicio da una idea de que los que proponen que los músicos se olviden de sus derechos de autor, ya que podrían vivir exclusivamente de sus actuaciones en directo están faltando a la realidad:

“[Además del IVA] a los autónomos nos han subido el porcentaje de IRPF a un 21%, por lo que, al hacer la factura a la empresa de venta de entradas, Hacienda se lleva un 42% sólo entre el IVA y la retención del IRPF. A eso le añades el 10% de SGAE. El manager, entre el 10 y el 20%, la pegada de carteles, el alquiler de la sala, que a veces es a precio

³⁹⁰ *El pinchazo del pop en España*, Diario el Mundo, 2 de febrero de 2012, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/07/cultura/1328630092.html>, (consultado por última vez el 19 de octubre de 2012).

³⁹¹ LÓPEZ PALACIOS, ÍÑIGO, *El año en que el pop y el rock cayeron del escenario*. Diario El País, 14 de marzo de 2012, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/03/13/actualidad/1331655057_787656.html, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

³⁹² CARRETERO, RODRIGO, *El precio de los conciertos en España: entre el lujo y la asfixia económica de algunos músicos*, artículo del Huffingtonpost.es, 22 de septiembre de 2012. Disponible en http://www.huffingtonpost.es/2012/09/22/el-precio-de-los-conciertos_n_1902727.html, (consultado por última vez el 5 de enero de 2013).

³⁹³ VERDÚ, DANIEL, *La lenta muerte del directo*, Diario El País, 10 de junio de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/06/10/actualidad/1370892579_619916.html, (consultado por última vez el 10 de junio de 2013).

fijo y a veces se llevan otro 10%, el sueldo y la Seguridad Social de los músicos, el alquiler de la furgoneta, peajes, los hoteles y las comidas” ³⁹⁴ .

Así pues, otra falacia desmontada. Pero hay más: un estudio surgido sobre el impacto de la piratería sobre la venta de música digital nos sirve para ilustrar la vergonzante manipulación que se hace de este tema en España. El Estudio en cuestión, publicado en inglés, fue realizado por LUIS AGUIAR y BERTIN MARTENS del Instituto de Prospectiva Tecnológica (IPTS) (que es uno de los siete institutos de investigación del Centro Común de Investigación de la Comisión Europea), y se titulaba *“Consumo de música digital en Internet: enseñanzas extraídas de los datos de navegación”* ³⁹⁵ . Los medios de comunicación resumían las conclusiones del estudio de la siguiente forma: *“El artículo que resume el informe concluye que la mayoría de la música que se consume 'ilícitamente' por los individuos de la muestra no habrían sido compradas si los sitios 'ilegales' no hubieran estado disponibles. Además, los investigadores consideran que los sitios web de 'streaming' gratis y 'legal' no canibalizan las compras legales de música, y de hecho parecen estimular dichas compras”* ³⁹⁶ ; mientras que algún “tecnologista” (célebre por su escasa educación y propensión al insulto en la defensa de sus tesis) inmediatamente arrojaba el ascua a su sardina con el ínfimo rigor intelectual acostumbrado.

No obstante, un análisis más cercano del Estudio permitía desentrañar la falacia de lo que se estaba comunicando en los medios de comunicación a los usuarios. Para empezar el Estudio reconocía expresamente que sus resultados *“deberían ser interpretados en el contexto de una industria musical que aún continúa adaptándose [a la era digital]. Es particularmente importante señalar que el consumo de música en un formato físico hasta recientemente ha significado la parte del león de todos los ingresos [por razón de la explotación de obras] musicales. Si la piratería conduce a un desplazamiento [negativo] de las ventas de música en formato físico; entonces su efecto sobre la totalidad de los ingresos de la industria musical en su totalidad podría muy bien continuar*

³⁹⁴ Ídem.

³⁹⁵ AGUIAR, LUIS y MARTENS, BESRTIN, *Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data*, Digital Economy Working Paper. Institute for Prospective Technological Studies. (2013). (La traducción del título es del autor de este trabajo). Disponible en <http://www.scribd.com/doc/131005609/JRC79605>, (consultado por última vez el 19 de marzo de 2013).

³⁹⁶

siendo negativo”³⁹⁷; y que “no podemos trazar las consecuencias políticas [del estudio] para la totalidad de la industria, puesto que nuestro análisis se limita estrictamente al segmento digital de la industria musical”³⁹⁸. Es decir, que el Estudio en cuestión se limitaba a monitorizar los hábitos en la Red de un amplio grupo de usuarios, la frecuencia con que descargaban obras musicales de forma ilícita, y la frecuencia con que compraban obras musicales en tiendas digitales, y que utilizaban servicios legales de “streaming”. La explotación de música digital en soporte físico, no es tomada en consideración por el Estudio, y esta es en España prácticamente la única que aún hoy salva al mercado (el “boom” de la comercialización de música digital legal en la Red, como hemos visto anteriormente, se ha dado principalmente en países más respetuosos con la propiedad intelectual, y con un régimen sancionador más efectivo: especialmente EE.UU. y el Reino Unido). Lógicamente, tras años de piratería indiscriminada de todo tipo obras musicales por parte de los usuarios españoles, se ha desarrollado entre ellos un hábito de consumo ilegal, por lo que no resulta sorprendente que el Estudio señale expresamente que “en particular, España muestra un número mucho mayor de “clicks” en sitios web de descarga ilegal que el resto de los países, y el segundo número más bajo de “clicks” mensuales en sitios web de descarga legal”³⁹⁹.

¿Y las presuntas tesis del Estudio? Bien, con todas las cautelas reseñadas, el Estudio lo que pretende es desarrollar una tesis doctrinal anterior: en concreto el estudio explica literalmente que la tesis desarrollada no es suya: “El consumo ilegal de música podría también, en teoría, estimular el consumo de música legal. Puesto que la música es un bien que se experimenta, el intercambio de archivos puede permitir a los usuarios experimentar canciones o álbumes específicos, con lo que se pueden informar sobre qué comprar. Similarmente, la escucha de una canción específica podría estimular la demanda individual para otras canciones del mismo artista”⁴⁰⁰. Además, el

³⁹⁷ “This result, however, must be interpreted in the context of a still evolving music industry. It is in particular important to note that music consumption in physical format has until recently accounted for the lion’s share of total music revenues. If piracy leads to substantial sales displacement of music in physical format, then its effect on the overall music industry revenues may well still be negative”. AGUIAR, LUIS y MARTENS, BESRTIN. Op. Cit. Pág. 2. (Traducción del autor).

³⁹⁸ “We cannot draw policy implications at the industry-wide level, as our analysis is only confined to the digital segment of the music industry”. Ídem. Pág 19. (Traducción del autor).

³⁹⁹ “In particular, Spain shows a much larger number of clicks on illegal downloading websites than the other remaining countries, and the second lowest number of monthly clicks on legal music websites”.

⁴⁰⁰ “Illegal music consumption could also, in theory, stimulate legal music consumption. Since music is an experience good, file sharing can allow consumers to sample specific songs or albums which can inform them on what to buy.

Estudio remite expresamente a otros estudios publicados, que utilizaban un método empírico, y que llegaban a conclusiones opuestas: “*Algunos investigadores han utilizado experimentos naturales para identificar el efecto causal de la piratería sobre las ventas. DANAHER (y otros)* ⁴⁰¹ *utilizan el método de respuesta gradual contenido en la ley HADOPI como un golpe exógeno y comparan la venta de música a través de la tienda iTunes en Francia con las ventas en otros países europeos. Sus conclusiones fueron que HADOPI causó un incremento del 22.5 % en las ventas de canciones, y un 25% En las ventas de álbumes en el grupo controlado por el estudio, lo cual resulta consistente con los resultados de sustitución de ventas legales en iTunes por la piratería Internet*” ⁴⁰² .

Evidentemente, y dada la complejidad del asunto, la deshonestidad intelectual de unas pocas “voces autorizadas” tiene un eco inmenso en los medios de comunicación (que tampoco conocen mucho este tema, y cuyos creadores de opinión, huelga decir, en el caso que nos ocupa, no se habían molestado en leer el Estudio) del que no goza la doctrina jurídica seria. ¿El resultado? Los usuarios viven en lo más recóndito de la caverna platónica, creyendo realidad las sombras. El lector se preguntará ¿y cuál es entonces el porcentaje de reproducciones ilícitas que reemplazan a las copias legales en el mercado? Personalmente coincido con autores como LEVINE y MARTÍN-PRAT en aceptar un porcentaje (conservador) de sustitución de aproximadamente un 20%. Es decir, que uno de cada cinco usuarios que realiza una reproducción ilícita en la Red, de no haber podido hacerlo hubieran adquirido una copia de la obra legalmente en el mercado. Si proyectamos este porcentaje en cifras reales, el resultado resulta escalofriante.

No obstante, entiendo que la solución, incluso desde un punto de vista práctico para la industria, no se halla en actuar judicialmente contra los usuarios que se descargan contenidos ilícitamente de la Red, sino contra los que se lucran de manera ilícita del intercambio de archivos: esto es, las

Similarly, the sampling of a specific song may stimulate individual demand for other songs by the same artist (Shapiro and Varian, 1999; Peitz and Waelbroeck, 2006; Belleflamme and Peitz, 2010)”. Ídem. Citando a SHAPIRO, C. AND H. R. VARIAN, Information rules: a strategic guide to the network economy, Harvard Business School Press (1999); PEITZ, M. AND P. WELBROECK, The Effect of Internet Piracy on Music Sales: Cross-Section Evidence, Review of Economic Research on Copyright Issues (2004), 1, 71–79; BELLFLAMME, P. AND M. PEITZ, Digital Piracy: Theory, CESifo Working Paper Series 3222, CESifo Group Munich (2010). (Traducción del autor). La Ley HADOPI como sabemos, ha sido derogada en Francia.

⁴⁰¹ DANAHER, B., M. D. SMITH, R. TELANG, Y CHEN, S., *The Effect of Graduated Response Anti-Piracy Laws on Music Sales: Evidence from an Event Study in France*, Working paper (2012).

⁴⁰² Ídem. Pág 4. (Traducción del autor).

redes de descarga y almacenamiento (cuando actúen de manera similar a MEGAUPLOAD), y webs de enlaces. El propio ERIC GARLAND admite que la industria discográfica ha sido mucho más exitosa cuando se ha presionado con las armas que concede el Estado de Derecho a las empresas que hacen negocio con las descargas ilícitas, (como por ejemplo, otra vez MEGAUPLOAD) que cuando ha perseguido judicialmente a los usuarios.

Por último, existe un nuevo factor que podría terminar eventualmente con el problema del intercambio de archivos musicales, que ahora se ha trasladado a las obras audiovisuales es la sustitución de la propiedad sobre una copia de la obra al acceso ilimitado a la misma en las costumbres de los usuarios. Esto significa que la industria gana dinero con el acceso a las obras, lo que no ocurre con el mercado negro que significa la descarga no autorizada de archivos musicales ⁴⁰³. Las propias cifras de la industria musical sobre el año 2011 son bastante indicativas:

“La caída de la música grabada en España fue del 10,7%. Las ventas de CD y demás soportes físicos prosiguieron en acentuada línea descendente, esta vez en un 16,7%, pero las distintas modalidades digitales experimentaron una subida de 21,1 puntos. Servicios financiados con publicidad (como VEVO, YOUTUBE o SPOTIFY) aumentaron sus ingresos en 57,5 puntos porcentuales, según PROMUSICAE” ⁴⁰⁴. Debido en gran parte a este aumento de la comercialización de música digital, el retroceso total en España de los ingresos por explotación de obras musicales fue sólo de un 3%, el descenso más tenue desde el año 2004 ⁴⁰⁵. Quizá el futuro se encuentre aquí, en el “derecho de acceso”; aunque hablamos de un modelo que hoy por hoy plantea muchos interrogantes, especialmente en cuanto a las cantidades que finalmente se reparten entre autores y ejecutantes ⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Aunque hay quien asegura que este modelo no resulta viable económicamente, y que desde luego no compensa a los artistas. RESNIKOFF, PAUL, *The 13 Most Insidious, Pervasive Lies of the Modern Music Industry...*, Digital Music News, 25 de Septiembre de 2013, <http://www.digitalmusicnews.com/permalink/2013/09/25/lies>, (Consultado por última vez el 12 de octubre de 2013).

⁴⁰⁴ MARTÍN, JAVIER, *La música digital, el 31% del total*, Diario El País, 26 de marzo de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/03/26/actualidad/1332760427_897221.html, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

⁴⁰⁵ *El consumo de música cayó un 3% en el año 2011*, Diario El Mundo, 26 de marzo de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/26/cultura/1332774310.html>, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

⁴⁰⁶ Ver. SISARIO, BEN, *La música en ‘streaming’, una ruina para los autores*, Diario El País, 13 de febrero de 2013, Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/02/13/actualidad/1360783258_556520.html, (Consultado por última vez el 12 de octubre de 2013).

2.2.5 **Evolución de los medios de reproducción autorizada de archivos, e impacto de los mismos en España.**

Mucho ha cambiado desde la aparición de la red centralizada de intercambio archivos NAPSTER a finales de los años 90, hasta el auge de los “cyberlockers” encriptados que representan hoy ⁴⁰⁷ la ultimísima amenaza para las industrias de contenidos. En poco más de una década recordamos NAPSTER casi del mismo modo que el juego de asteroides que desarrolló ATARI en la década de los 80 (o como recordamos los teléfonos de góndola, para los que no estén familiarizados con dicho juego). Esta impresionante evolución de los programas destinados al intercambio ilícito de archivos de todo tipo, aunque fundamentalmente del de los protegidos por las leyes de propiedad intelectual, se explica principalmente por la recurrente motivación de eludir las consecutivas disposiciones legislativas que buscaban proteger el derecho de los titulares de propiedad sobre sus obras de creación. El fin perseguido es siempre idéntico: facilitar el intercambio gratuito de obras protegidas por el Derecho de Autor. Tal intercambio se produce a costa de los autores y de la industria de contenidos, y que con la excepción de los usuarios (en los cuales, como hemos visto, también existe una motivación económica) tiene por objeto obtener una ganancia económica compitiendo de manera desleal con los titulares de derechos. El siguiente párrafo explica muy bien la influencia directa de las sucesivas piezas de legislación y sentencias orientadas a proteger los derechos de propiedad sobre la evolución tecnológica de las sucesivas versiones del software destinadas a conculcar estos mismos derechos:

“El rechazo del democráticamente electo imperio de la ley se ilustra muy bien a través del desarrollo de la tecnología “peer-to-peer” (P2P). El software P2P permite compartir archivos a través de los ordenadores de los usuarios. Su existencia y popularidad son en gran medida el resultado del interés en compartir archivos musicales. Los diseños resultantes de la primitiva tecnología fomentaban una norma social relativa a compartir archivos se mostraban un flagrante desacato hacia las leyes sobre Derecho de Autor. Los programas de primera generación, principalmente NAPSTER, fueron en efecto diseñados con el objeto de ayudar a los usuarios a violar el copyright de los propietarios de obras musicales. NAPSTER incluso publicitada la facilidad con la cual los usuarios podían

⁴⁰⁷ Hasta el momento en que escribo estas líneas: febrero de 2013.

encontrar su música popular predilecta sin tener que “vadear página tras página de artistas desconocidos”.

La segunda generación de programas de intercambio archivos buscaba programar evadiendo las decisiones judiciales clave que habían considerado a los productores de software responsables por las infracciones de sus usuarios. Más exactamente, los programadores intentaron explícitamente eludir la autoridad legal. La segunda generación de programas se construyó para permitir a los usuarios continuar intercambiando ilícitamente música digital sujeta al derecho autor mientras que eludían los obstáculos que marginaron a NAPSTER. Por ejemplo, los programadores de GNUTELLA sostenían de manera cínica que ésta era una “tecnología, no una herramienta para piratear música”, pero diseñaron expresamente la tecnología para “resistir... a los abogados” y ésta sería “absolutamente imparable”. FASTTRACK/MORPHEUS y GNUTELLA, en efecto intentaron esquivar las decisiones judiciales en los procesos UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc. y A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. En ambos casos, los tribunales fallaron que existía responsabilidad legal de acuerdo a las leyes sobre Derecho de Autor en los tecnólogos que ayudaron necesariamente a los usuarios a compartir música protegida por el Derecho de Autor.

Estas decisiones se basaron en parte en las funciones de índice centralizado de estos programas que eran similares a un catálogo de contenidos, y que permitían a los usuarios encontrar archivos de música sujetos al Derecho de Autor. Ciertamente, tal y como nos indica TIM WU, “los programadores escribieron [el código] de FASTTRACK y de GNUTELLA al albor de la clausura de NAPSTER”. Los programadores GNUTELLA se estaban revelando expresamente contra la autoridad legal. Y a nadie sorprendió que inmediatamente después de la clausura de NAPSTER, GNUTELLA se convirtió en la tecnología elegida por aquellos que buscaban descargar archivos de música de manera ilícita sin el permiso de los titulares de derechos sobre la obra”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ “The rejection of the democratically chosen rule of law is well illustrated by the development of peer-to-peer (“P2P”) technology. P2P software allows the sharing of files among users’ computers. Its existence and popularity are largely the result of interest in sharing music files. The early technology designs encouraged a social norm for file sharing in flagrant disregard of the copyright law. First generation programs, notably Napster, were in effect

Efectivamente, también entre los programas informáticos P2P destinados a infringir las leyes sobre propiedad intelectual ha habido numerosas y consecutivas bajas (NAPSTER, GNUTELLA, KAZAA, MEGAUPLOAD) en el marco de sucesivas batallas de una guerra que aún continúa, y que en algunos países (Estados Unidos) parece que están ganando los titulares de derechos, y que en otros (España) vencen por el momento aquellos que se dedican a facilitar la infracción de derechos de propiedad intelectual. Especialmente interesante resulta para el tema que nos ocupa la (por el momento) última fase de esta guerra: la de los “cyberlockers” o webs de descarga directa y alojamiento, ya que en España la mayoría de los que se dedican a lucrarse de los derechos de propiedad intelectual ajenos son los propietarios o administradores de redes de enlace a estas webs de alojamiento.

La malograda MEGAUPLOAD y la aun activa RAPIDSHARE son dos ejemplos de webs de descarga directa y de alojamiento (“cyberlocking”). Estas webs difieren de las redes P2P, en que en estas las descargas se realizan a partir de una pluralidad de usuarios que comparten sus archivos a través de estas redes, mientras que en las webs de alojamiento, un usuario deposita allí su archivo, y los sucesivos usuarios copistas lo descargan utilizando un link o dirección que el usuario depositante les proporciona. Como nos explica la profesora VON LEWINSKI, existen hasta el momento tres generaciones de redes P2P:

designed to help users violate music owners' copyrights. Napster even "advertised the ease with which users could find their favorite popular music without "wading through page after page of unknown artists."

Second generation file-sharing programs sought to code around the key court rulings holding software producers liable for their users' infringement. More precisely, developers explicitly tried to evade legal authority. Second generation programs were constructed to allow users to continue to trade illicitly in copyrighted digital music while evading the pitfalls that sidelined Napster. For example, the developers of Gnutella cynically claimed that it was "a technology, not a music-piracy tool," but expressly designed the technology to "withstand ... lawyers" and be "absolutely unstoppable." FastTrack/Morpheus and Gnutella, in effect, tried to side-step the rulings in UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc. and A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. In both cases, the courts imposed copyright liability on the technologists who aided users in sharing copyrighted music.

These holdings were based in part on the centralized index features of those programs that were akin to card catalogs and enabled users to find copyrighted music files. The second generation software left out the centralized card-catalog function. Indeed, as Tim Wu notes, "programmers wrote FastTrack and Gnutella to exploit loopholes left by the Napster decision." The developers of Gnutella were explicitly revolting against legal authority. Not surprisingly, in the wake of Napster's shut down, Gnutella became a technology of choice for those looking to download music files illicitly without the permission of the copyright owners". REIDENBERG, JOEL, Fourth Annual Baker Botts Lecture: The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy, Houston Law Review, Vol. 44, 2007. Pág. 1084. (Traducción del autor).

“En principio se pueden distinguir tres tipos de sistemas de intercambio de archivos P2P: los sistemas centralizados, los sistemas descentralizados y los que se ha dado en llamar “P2P de tercera generación” que combinan elementos de los dos primeros. Napster y otros sistemas P2P de primera generación como Audiogalaxy y Aimster eran sistemas centralizados en los que, como su nombre indica, un servidor central administraba todos los datos pertinentes disponibles sobre los equipos conectados. Cada vez que un usuario se conectaba a la red, el servidor registraba en el centro del sistema y constantemente datos como su dirección IP y los archivos a que se podía tener acceso para intercambiarlos. De esa manera, mientras el usuario estuviera conectado a la red, el servidor facilitaba en todo momento información actualizada sobre los archivos que ofrecía cada dirección IP, de modo que resultaba fácil localizar los archivos correspondientes a determinadas direcciones IP. Pese a ello, la transmisión de los datos tenía lugar mediante una conexión directa entre los participantes, con independencia del servidor central pero en este tipo de sistemas si el servidor central estaba apagado era imposible intercambiar archivos.

En los sistemas P2P “de tercera generación” como los conocidos KaZaA y Grokster y otros sistemas que utilizan el protocolo FastTrack, se combinan las ventajas técnicas de los dos tipos de sistemas mencionados anteriormente. En lugar de un solo servidor central que almacena y actualiza constantemente la información sobre los archivos a los que se puede acceder en el momento, varios “supernodos”, que son otros tantos equipos muy potentes constantemente conectados a Internet, administran los datos. El programa en línea atribuye dinámicamente la función de supernodo entre esos equipos, de forma que no todos la desempeñan simultáneamente. Se superan así la fragilidad y la necesidad de redes de elevada capacidad de los sistemas descentralizados. Constantemente se ponen a punto versiones modificadas del sistema como, por ejemplo, el anunciado eXeeem que combina características de KaZaA y BitTorrent.” ⁴⁰⁹ .

Sin embargo, los tribunales han ido declarando ilícitos consecutivamente todos estos sistemas, basándose en distintos razonamientos legales, necesariamente distintos, habría que decir, por razón

⁴⁰⁹ VON LEWINSKI, SILKE, *Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos*, e-Copyright Bulletin, enero-marzo 2005.

de la diferente arquitectura de las sucesivas generaciones sistemas de intercambio de archivos P2P. No por casualidad, para hablar del desarrollo y evolución de la protección legal del Derecho de Autor en la Red, al enfrentarse con estos nuevos sistemas de reproducción no autorizada en masa de obras de creación, tenemos necesariamente que seguir la jurisprudencia emanada de los tribunales de EE.UU. En el caso NAPSTER ⁴¹⁰, un servicio de intercambio de archivos a través de la red, mantenía una base de datos centralizada que permitía a los usuarios finales encontrar a otros usuarios que estuvieran simultáneamente conectados a la red, y copiar archivos MP3 que contuvieran obras musicales desde los discos duros de sus terminales informáticas. La defensa de NAPSTER, alegó el estándar de “uso no-ilícito” vigente desde el anterior caso SONY ⁴¹¹, aduciendo que:

- a. No todos los archivos se copiaban mediante NAPSTER sin la autorización del titular del copyright.
- b. La arquitectura de los sistemas P2P podría en un futuro utilizarse para otros usos lícitos ⁴¹²

Aunque el Tribunal en NAPSTER estuvo de acuerdo que la jurisprudencia emanada del caso SONY sería de aplicación en cuanto al segundo argumento, decidió no obstante condenar a los responsables de NAPSTER, matizando la jurisprudencia derivada de la Sentencia SONY: *“Añadiendo una nueva capa de pintura al estándar de responsabilidad [derivativa], el Tribunal en NAPSTER falló que los tribunales deberían preguntarse sobre los usos no-ilícitos, sólo cuando el distribuidor del aparato o sistema en cuestión carece de constancia o de control sobre violaciones específicas del copyright. No obstante, donde sea posible segregar y prevenir usos ilícitos, no parece apropiado exculpar la totalidad de un sistema por virtud de su capacidad potencial de realizar usos ilícitos. En otras palabras, las consecuencias de la distinta tecnología para hacer valer las normas sobre el copyright inherente a los dos sistemas condicionaron el fallo en SONY y en NAPSTER. SONY presento ante el Tribunal un desafío que se resumía en “todo o*

⁴¹⁰ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (Ninth Circuit, 2001). (en adelante NAPSTER).

⁴¹¹ Basicamente consistente en que si el sistema era capaz de realizar usos lícitos, entonces el sistema habría de ser así mismo lícito. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 417-18, 437-39 (1984).

⁴¹² *Id.* En 1021.

nada”: o el aparato se prohibía, frustrando sus usos lícitos, o no existiría responsabilidad derivativa, a pesar de los ilícitos que el aparato de hecho facilitaría. En NAPSTER, por el contrario, el servicio era capaz de inhabilitar usos ilegítimos bloqueando el acceso a listados de archivos ilícitos, mientras permitiría que los usuarios continuaran realizando los usos permitidos del sistema. Por tanto, NAPSTER transformo el estándar SONY en la investigación sobre el conocimiento de la existencia de ilícitos específicos, y la capacidad de prevenirlos”^{413 414} .

La Sentencia NAPSTER señaló además que⁴¹⁵ “*Los actos de subida y bajada de archivos [a o de una terminal informática] son subsumibles en el tipo de responsabilidad por violación del copyright independientemente uno del otro. Transmitir un archivo con contenido protegido por el copyright a otros usuarios (sin que importe donde estos usuarios se hallen [físicamente]) viola el derecho de distribución de la Sección 106(3) del titular del copyright. Bajarse un archivo con contenido protegido por el copyright desde [las terminales informáticas de] otros usuarios (sin que importe donde estos usuarios se hallen [físicamente]) viola el derecho de reproducción de la Sección 106(1) del titular del copyright.*”^{416 417} .

Es decir, NAPSTER cayó precisamente porque se trataba de un sistema centralizado, y por tanto las infracciones cometidas a través de él resultaban controlables por parte de sus propietarios o administradores.

En el momento de dictarse la Sentencia condenatoria en el caso NAPSTER, su número estimado de usuarios ascendía a más de 26 millones de personas en todo el mundo⁴¹⁸ . Así pues, era sólo cuestión de tiempo que alguien tratara de apropiarse de un mercado potencial de usuarios tan ingente. Los ingenieros de software estudiaron la Sentencia NAPSTER muy a fondo, y pronto llegaron a una conclusión obvia: “*si NAPSTER fue hallado responsable [derivativo] debido a que*

⁴¹³ Jane C. Ginsburg. Op. Cit. V. nota nº 1. En 582.

⁴¹⁴ Traducción del autor.

⁴¹⁵ Y numerosas Sentencias tras ella citaron el caso NAPSTER en este punto: Ej: Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung, Nº 06 Civ. 5578, 2009 U.S. Dist. LEXIS 122661 (C.D. Cal. Dec, 21, 2009).

⁴¹⁶ “*The acts of uploading and downloading are each independent grounds of copyright infringement liability. Uploading a copyrighted content file to other users (regardless of where those users are located) violates the copyright holder's § 106(3) distribution right. Downloading a copyrighted content file from other users (regardless of where those users are located) violates the copyright holder's § 106(1) reproduction right*”. A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1014 (9th Cir. 2001).

⁴¹⁷ Traducción del autor.

⁴¹⁸ *Global Napster Usage Plummets, But New File-Sharing Alternatives Gaining Ground*. Software Industry Report. Reports Jupiter Media Matrix 20 de julio de 2001.

*podía controlar las actividades de sus usuarios, entonces el próximo sistema debería asegurar que se hiciera muy difícil, si no imposible, que el servicio pudiera ejercer dicho control. Por tanto, en ese momento nació el sistema de intercambio de archivos KAZAA, y sus licenciatarios en los EE.UU., GROKSTER y Morpheus. Al contrario que NAPSTER, estos servicios no disponían de un directorio centralizado; en su lugar dispersaban por todo el mundo información sobre la localización de los archivos a través de “nodos o nódulos informáticos” (“nodes”). Los usuarios eran capaces de encontrarse entre ellos, pero los servicios negaban su capacidad de prevenir ilícitos simultáneamente a su perpetración”*⁴¹⁹.

El Tribunal de Segunda Instancia en GROKSTER⁴²⁰ reconoció que el único objetivo que había movido a sus administradores para poner en marcha de este servicio había sido el de facilitar la violación masiva de los derechos de explotación sobre obras de creación ajenos mediante el intercambio de archivos en la Red, pero aplicó la jurisprudencia existente sobre NAPSTER, para exonerarlos puesto que:

“... [1] la distribución de un producto comercial con la capacidad de realizar usos no-ilícitos, no puede dar lugar a la responsabilidad derivativa por violación [del copyright] a no ser que su distribuidor tuviera constancia de específicas instancias en que tal violación se ha producido y poseyendo tal conocimiento no haya actuado en consecuencia; y (2) falló que (a) el software de los distribuidores tenía la capacidad de usos no-ilícitos sustanciales⁴²¹, y (b) que como resultado de la estructura descentralizada del software)

⁴¹⁹ “If Napster was liable because it could maintain control over its users’ activities, then the next device or service would be sure to make it difficult, if not impossible, for the service to exercise control.¹⁷ So were born the P2P file-sharing enterprise Kazaa, and its U.S. licensees, Grokster and Morpheus. Unlike Napster, these services had no centralized directory: they dispersed information about file location across computer ‘nodes’ around the world. Users could find each other, but the services disclaimed the ability to prevent infringements as they were occurring” GINSBURG, JANE, *Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs*, Arizona Law Review, vol. 50, 2008. Pág. 583. (Traducción del autor).

⁴²⁰ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd.*, 380 F.3d 1154, 1165-66 (9th Cir. 2004), rev’d., 545 U.S. 913 (2005). (en adelante GROKSTER II).

⁴²¹ Al analizar la sustancialidad del porcentaje de usos no-ilegítimos, el Tribunal falló que sólo un 10% de usos legítimos podría ser considerado sustancial para no determinar la responsabilidad derivativa de los administradores de NAPSTER por las violaciones sobre el copyright realizadas por sus usuarios. Id. en 1162.

los distribuidores del mismo no tenían constancia de la infracción, y por lo tanto no eran responsables por ella” ⁴²².

El Tribunal Supremo de los EE.UU., sin embargo, falló de manera unánime ⁴²³ ⁴²⁴ que la aplicación del estándar SONY por parte del Tribunal de apelación no había sido la correcta, porque tal estándar ni siquiera ha de considerarse cuando el acusado está “*activamente induciendo*” ⁴²⁵ a la violación del copyright (es decir, de los derechos de explotación). El magistrado SOUTER redactó la Sentencia cuyas conclusiones eran las siguientes:

“(1) Quien distribuya un aparato con el objetivo de promocionar su uso para infringir el copyright, como se puede mostrar por sus claras expresiones [del distribuidor], u otras acciones positivas hacia el fomento de la infracción (del copyright), yendo más allá de la mera distribución con conocimiento de las acciones de terceras partes, es responsable, de acuerdo con la Ley sobre Copyright, de los actos resultantes de violación [del copyright] realizados por terceras partes utilizando el aparato o sistema, a pesar de los usos lícitos de que sea capaz tal aparato o sistema.

(2) En el caso que nos ocupa, el auto de sobreseimiento en favor de los distribuidores del software fue erróneo, y existían pruebas sustanciales en contra de los distribuidores sobre todos los elementos del inducimiento a la infracción, pues (a) cada uno de los distribuidores ha promocionado su servicio con la aspiración de satisfacer la conocida [gran] demanda por servicios que faciliten la violación del copyright; (b) los titulares del copyright han demostrado que ninguno de los distribuidores hicieron tentativa de desarrollar herramientas de filtrado u otros mecanismos para disminuir la actividad de infracción [del copyright] que se realizaba mediante el uso del software; y (c) cuanto más se usaba el software, mayor era la distribución de ingresos [a los distribuidores] procedentes de los anuncios publicitarios

⁴²² “Distribution of a commercial product that was capable of substantial noninfringing uses could not give rise to contributory liability for infringement unless the distributor had actual knowledge of specific instances of infringement and failed to act on that knowledge; and (2) found that (a) the distributors' software was capable of substantial noninfringing uses, and (b) because (as a result of the software's decentralized architecture) the distributors had no actual knowledge of infringement, they were not liable for it” Idem. (Traducción del autor).

⁴²³ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005) (en adelante GROKSTER III).

⁴²⁴ Cosa que no suele suceder.

⁴²⁵ “Actively inducing” GROKSTER III, EN 934-35.

*mostrados en las pantallas de las terminales informáticas de los usuarios que emplearen el software.”*⁴²⁶.

No obstante, en los últimos tiempos una gran mayoría de usuarios habían dejado de lado las redes P2P, por diversos motivos. Por ejemplo: (a) para bajarse un archivo de las redes P2P como hemos visto necesariamente tiene que estar conectado a esta red al menos un usuario que comparta tal archivo. (b) Además, las redes P2P estaban plagadas de “*fakes*”, o archivos falsos que no contenían la obra que deseara el usuario, sino normalmente una película pornográfica, o incluso virus. Estos “*fakes*” se plantaban en las redes por las diferentes industrias de contenidos, especialmente por la industria audiovisual, para desanimar a los usuarios del uso de estas redes. (c) Por otra parte, la localización de un usuario que comparta archivos ilícitos es mucho más fácil en el ámbito de una red P2P, ya que basta con plantar en uno de los archivos un software llamado “*rastreador*”, lo que motivó que ante la persecución de los usuarios en distinta medida en países como EE.UU., Francia, o el Reino Unido, los usuarios de estos países abandonaran progresivamente estas redes⁴²⁷.

Así pues, el centro de gravedad de las costumbres de los usuarios de las redes P2P en España se estaba desplazando progresivamente desde las redes P2P descentralizadas hacia los servidores de descarga directa, como por ejemplo la propia MEGAUPLOAD⁴²⁸. Según el diario EL PAÍS “*la persecución en algunos países a la gente que comparte archivos en las redes P2P está provocando*

⁴²⁶ “(1) *One who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, going beyond mere distribution with knowledge of third-party action, is liable, under the Copyright Act, for the resulting acts of infringement by third parties using the device, regardless of the device's lawful uses.*

(2) *In the case at hand, summary judgment in favor of the software distributors was error, as there was substantial evidence against the distributors on all elements of inducement of infringement, for (a) each distributor had shown itself to be aiming to satisfy a known source of demand for copyright infringement; (b) the copyright holders had shown that neither distributor attempted to develop filtering tools or other mechanisms to diminish the infringing activity using the software; and (c) the more the software was used, the greater the distributors' revenue from advertisements on the screens of computers employing the software became.”* GROKSTER III. Summary. (Traducción del autor)

⁴²⁷ Como consecuencia de que la ya derogada Ley HADOPI francesa perseguía por razones técnicas sobre todo a los usuarios de redes P2P, el uso de MEGAUPLOAD en Francia subió un 35% a finales de 2010, registrándose en noviembre del mismo año 7.4 millones de visitas a esta web de alojamiento de contenidos procedentes del país galo. *7,4 millions de Français ont visité Megaupload en novembre*, Diario Le Figaro, 30 de diciembre de 2010. Disponible en <http://blog.lefigaro.fr/technotes/2010/12/74-millions-de-francais-ont-visite-megaupload-en-novembre.html>, (consultado por última vez el 16 de octubre de 2010).

⁴²⁸ En Francia esta migración de los usuarios se habría producido con el objeto de evitar ser localizados mediante rastreadores al utilizar redes P2P. v. *P2P, el cazador... cazado*, Diario El País de 23 de abril de 2010. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2010/04/23/actualidad/1272013262_850215.html, (consultado por última vez el 2 de octubre de 2012).

su abandono. Según Arbor Networks, el tráfico P2P ha caído del 40% al 18% en los últimos dos años. Sus sustitutos son los servidores de descarga directa que nada tienen que ver con el P2P, como RAPIDSHARE, HOTFILE O MEGAUPLOAD. Pueden ser gratis o de pago, mediante cuentas Premium de gran velocidad”⁴²⁹. De hecho estos servidores “según el último estudio realizado por la consultora Ipoque, el acceso a contenidos mediante estos servicios supone casi el 24% del total de tráfico en Internet en el suroeste de Europa”⁴³⁰.

Así, se originó un inexorable éxodo de usuarios hacia los servidores de almacenamiento y descarga; de los que el más conocido era MEGAUPLOAD, además de por las razones anteriormente aducidas, porque la descarga desde estos servidores de almacenamiento resultaba sensiblemente más rápida que la descarga multipunto a través de redes P2P. En estas webs de almacenamiento, el contenido se almacena en el servidor por parte de un usuario, que recibe inmediatamente un enlace para acceder a él; es decir, una dirección web o URL. De este modo los demás usuarios que accedan a esta URL podrán acceder y descargarse dicho contenido. MEGAUPLOAD además permitía que los usuarios que conocieran el enlace asociado a un determinado archivo de video que lo visionaran vía “streaming” a través de su reproductor MEGAVIDEO, pero sólo durante 72 minutos seguidos para los usuarios de la versión gratuita, teniendo estos que abonarse a la versión “Premium”, de pago, para visionar archivos sin límite y sin cortes, o bien esperar 20 minutos para completar su visionado del archivo en cuestión⁴³¹. Al estar alojados los archivos en un servidor central, los usuarios no compartían estos de manera directa, por lo que MEGAUPLOAD se acogía al “puerto seguro”⁴³² establecido para los proveedores de servicios online, puesto que según aseguraban sus responsables, estos no podían tener ni conocimiento ni control sobre el contenido que los usuarios alojaban en sus servidores. MEGAUPLOAD en su momento de mayor apogeo proporcionaba a sus propietarios 25 millones de dólares al año en publicidad, y otros 150 millones a través de las cuotas que sus usuarios “Premium” pagaban por este servicio, además de generar el 4% del tráfico total en la Red en el

⁴²⁹ *La descarga de contenidos se aleja de las páginas de enlaces P2P*, Diario El País, 4 de febrero de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/02/04/ciberpais/1265253873_850215.html, (consultado por última vez el 18 de octubre de 2012).

⁴³⁰ *Rapidshare no es responsable de lo que suben sus usuarios*, Diario Público, 5 de mayo de 2010, <http://www.publico.es/ciencias/310295/rapidshare-no-es-responsable-de-lo-que-suben-sus-usuarios>, (consultado por última vez el 2 de octubre de 2012).

⁴³¹ Una película normalmente tiene una duración mínima de 90 minutos, por lo que el sistema estaba diseñado para causar frustración a los usuarios de la versión gratuita, y fomentar la creación de usuarios de pago.

⁴³² O “safe harbor” (o “refugio seguro”, como lo llaman algunos).

mundo ⁴³³. El valor estimado de los contenidos pirateados y puestos a disposición de manera no autorizada a través de MEGAUPLOAD se estimó en la nada despreciable cifra de 500 millones de dólares ⁴³⁴.

El problema para la industria de contenidos radicaba en el anonimato de los usuarios que suben archivos a estos “cyberlockers” ⁴³⁵, y en la rapidez de la puesta a disposición de las obras contenidas en dichos archivos, que suponían una disrupción inmediata en los canales de explotación de las obras de creación. El Diario el País explicaba muy bien esto último en un artículo: *“Imagine que un estreno de cine de hoy se titulase Instinto Letal. Una copia se filtra en algún eslabón de la cadena de producción, o alguien graba la película en un preestreno. Subtitulada por supuestos voluntarios, llegará en horas a las manos del seeder (sembrador, en inglés). Desde su ordenador, este subirá una copia de Instinto letal a un almacén remoto (en Hong Kong o en Suiza) como MEGAUPLOAD, FILESERVE O RAPIDSHARE. En minutos, un link que apunta a la película aparecerá en alguna de las páginas españolas de enlaces a contenidos protegidos. Ya está, el estreno de Instinto Letal ha sido sabotado, cualquiera puede verla en Internet”* ⁴³⁶.

Buscadores como GOOGLE (porque la propia GOOGLE había comenzado a entrar en el negocio de la explotación lícita de obras de creación), comenzaron a filtrar y bloquear la aparición en sus sugerencias (que son las palabras que se van completando cuando se teclea en la ventana de búsqueda) de enlaces a MEGAUPLOAD, RAPIDSHARE o BITTORRENT ⁴³⁷, atendiendo a una petición que la industria discográfica llevaba tiempo solicitando ⁴³⁸. Además “MEGAUPLOAD consideraba importante para su negocio albergar contenido que fuese apetecible y aumentara su

⁴³³ *Inside the Mansion—and Mind— of Kim Dotcom, the Most Wanted Man on the Net*, Wired, 18 de octubre de 2012, disponible en <http://www.wired.com/threatlevel/2012/10/ff-kim-dotcom/>, (consultado por última vez el 19 de octubre de 2010).

⁴³⁴ Ídem.

⁴³⁵ Que se podría traducir por “Cibertaquillas”, similares a las que existen en los gimnasios o en los institutos americanos.

⁴³⁶ *El tesoro 'pirata' de la Red*, Diario El País, 17 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/14/cultura/1294959601_850215.html. (Consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

⁴³⁷ *Google ya filtra las búsquedas sugeridas de sitios conflictivos de descargas*, Diario El País, 17 de enero de 2011, disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/01/27/actualidad/1296122463_850215.html, (consultado por última vez el 2 de octubre de 2012).

⁴³⁸ *Una asociación de discográficas pide que Google retire enlaces a descargas*, Diario Público 22 de junio de 2010, disponible en <http://www.publico.es/ciencias/322672/una-asociacion-de-discograficas-pide-que-google-retire-enlaces-a-descargas>, (consultado por última vez el 2 de octubre de 2012).

clientela “Premium”. Por ello, retribuía a aquellos internautas que subían archivos con bonificaciones. En el caso de usuarios gratuitos, cuando sumaban una serie de puntos, podían disfrutar durante un tiempo del MEGAUPLOAD “Premium”. La importancia del premio iba asociado al éxito de descargas íntegras del archivo subido. En el caso de clientes “Premium”, las recompensas podían llegar a ser monetarias”^{439 440}.

MEGAPLOAD no disponía de un buscador directo diseñado para que los usuarios encontraran archivos en la base de datos de su web⁴⁴¹. Por ello, el método más utilizado para encontrar y descargarse contenido, ilícito en una inmensa mayoría de los casos, y que se encontraba alojado en sus servidores, era el uso de webs de enlace. En palabras de la acusación en el caso MEGAUPLOAD: *“el servicio carecía de una ventana de búsqueda para que los internautas pudieran localizar contenidos. Ello aumentaba la importancia de sitios terceros que eran los que ofrecían esta información y con los que la empresa mantenía relaciones. En contraste con esta ausencia de buscador público, los propietarios de MEGAUPLOAD, sigue explicando la denuncia, disponían de una base de datos interna sobre sus propios contenidos que podían utilizar para dar información a terceros sitios”*⁴⁴². Según documentación interna intervenida de la propia dirección de MEGAUPLOAD, entre las webs de enlaces más utilizadas para acceder a contenido ilícito figuraban las españolas SERIESYONKIS.COM, PELICULASYONKIS.COM, DOSPUNTOCEROVISION.COM, CINETUBE.ES y SURFTHECHANNEL.COM⁴⁴³. Para hacernos una idea de la magnitud de las cifras de las que estamos hablando, reproduciré el siguiente párrafo en su integridad:

“Un abono de tres meses a MEGAUPLOAD cuesta 20 euros. En ese tiempo, con una conexión de seis megas (como la que ofrecen muchas operadoras), se pueden descargar

⁴³⁹ *Así funciona Megaupload, el predecesor de 'la nube'*. Diario El País, 1 de febrero de 2012, http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/19/actualidad/1327013423_571888.html, (consultado por última vez el 2 de octubre de 2012).

⁴⁴⁰ RAPIDSHARE también premiaba a los usuarios que subieran más contenido, pero dejó de realizar esta práctica el 1 de julio de 2012. *RapidShare deja de premiar al que más archivos 'sube' a la Red*, Diario Público, 21 de junio de 2010, Disponible en <http://www.publico.es/ciencias/322343/rapidshare-deja-de-premiar-al-que-mas-archivos-suba-a-la-red>, (consultado por última vez el 4 de octubre de 2012).

⁴⁴¹ Aunque sí uno indirecto llamado MEGAUPLOAD.bot, que consistía un software que el usuario se tenía que descargar de manera independiente.

⁴⁴² *El Gobierno de EE UU cita a SERIESYONKIS en la denuncia ante el juez*, Diario El País 20 de enero de 2012 http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/20/actualidad/1327049381_934078.html, (consultado por última vez el 2 de octubre de 2012).

⁴⁴³ Ídem.

más de 2.000 gigas de información, es decir, el equivalente a 2.500 películas (dependiendo de la calidad del archivo). No se sabe cuántos abonados tienen en España: la opacidad de sus cifras es absoluta. Su audiencia arroja alguna pista: según los últimos datos de NetView, 3,3 millones de usuarios entran al mes desde España solo en MEGAVIDEO.COM (el servicio de “streaming” de MEGAUPLOAD). De ellos, dos millones (cerca del 75%) lo hacen a través de PELICULASYONKIS.COM y SERIESYONKIS.COM. España (de acuerdo con datos de Google Trends) es el tercer país del mundo (por detrás de Vietnam y Singapur) que más visitas envía a MEGAUPLOAD”^{444 445}.

¿Cómo ganan dinero estas redes de enlaces? Sus ingresos “proviene de dos fuentes: la publicidad que alojan (en forma de banners o pop up) y la venta de los datos personales de sus usuarios registrados. Y es que, a diferencia de los alojadores, las webmasters no cobran nada a sus usuarios pero, en casi todos los casos, les obligan a registrarse aportando una serie de datos personales: correo electrónico, edad, domicilio, profesión, aficiones, hábitos de consumo, etcétera”⁴⁴⁶. Por tanto, es falso que no exista ánimo de lucro “comercial”. De hecho, la actividad de administrar una web de enlaces en España puede resultar extremadamente lucrativa. La publicidad se gestiona mediante “las empresas de marketing dirigido que remiten publicidad vía correo electrónico. Generan su base de datos a partir de las que les proporcionan los webmasters y remiten publicidad a sus usuarios, según su perfil. El beneficio que se genera se reparte al 50% entre la empresa y el site que aporta los correos. En España la firma más importante de marketing electrónico es CANALMAIL, que dice disponer de 10,8 millones de suscriptores únicos que le proporcionan administradores de páginas como VAGOS.ES que, a su vez, dice tener 3,7 millones de usuarios registrados. Respecto a los ingresos, CANALMAIL, en su página, señala que cada

⁴⁴⁴ *El tesoro 'pirata' de la Red*, Diario El País, 14 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/14/cultura/1294959601_850215.html. (Consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

⁴⁴⁵ Las últimas noticias son no obstante que tanto SERIESYONKIS.COM, sin duda temerosas por cuenta del PMLPI 2014, y de la reforma de la legislación penal habían decidido echar el cierre de la noche a la mañana. *Series Yonkis apaga sus pantallas*, Diario El País, 3 de marzo de 2014. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2014/03/03/actualidad/1393853982_203051.html. (Consultado por última vez el 3 de marzo de 2014). No obstante, una comprobación del autor de estas líneas mostraba que la web funcionaba a plena operatividad.

⁴⁴⁶ *Los amos opacos de Internet*, Diario El País, 28 de marzo de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/03/28/domingo/1269751954_850215.html, (consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

*administrador puede ganar "entre 30 y 15.000 euros al mes"*⁴⁴⁷. El Diario El País solicitó a un experto de publicidad en Internet “*que hiciera una estimación independiente de los ingresos publicitarios de webs de enlaces que aparecen muy bien situadas en el ranking Alexa de sitios más visitados. Este experto, con más de doce años de experiencia en el sector, pidió mantener el anonimato y estimó que la web SERIESYONKIS.COM puede ingresar en torno a los 32.500 euros al mes por publicidad (con un margen de error del 15%)*”⁴⁴⁸. No es de extrañar, pues SERIESYONKIS.COM “*es la página de enlaces española más visitada. Según Alexa, ocupa el puesto 615 de entre todas las más visitadas en el mundo y el 20 en España*”⁴⁴⁹. Una prueba de lo extremadamente lucrativa que puede ser una web de enlaces es que los desarrolladores iniciales de SERIESYONKIS vendieran la web en el año 2011 por un precio estimado de 10 millones de euros⁴⁵⁰. Sin embargo, antes (y después) de la “*Ley Sinde*”, estas páginas salían frecuentemente absueltas de los procedimientos penales en que se vieron inmersos, puesto que los jueces consideraban mayoritariamente que en sus administradores no concurría el elemento del lucro subjetivo “*comercial*” directo, muchas veces citando como fuente directamente la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado.

El 20 de enero de 2012 el FBI clausuró MEGAUPLOAD y todos sus servicios satélites⁴⁵¹, aprovechando una pieza de legislación aprobada en los años 60 para luchar contra el crimen organizado⁴⁵². Un gran número de correos electrónicos internos intervenidos a MEGAPLOAD confirmaron lo que todo el mundo sospechaba más que fundadamente, que sus responsables eran conscientes de que estaban violando masivamente los derechos de propiedad intelectual, y que de

⁴⁴⁷ Ídem.

⁴⁴⁸ ELOLA, JOSEBA, *Las manos que mueven las descargas*, Diario El País, 28 de marzo de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/03/28/domingo/1269751953_850215.html, (consultado por última vez el 5 de enero de 2012).

⁴⁴⁹ *La lista de Sinde*, Diario Público, 9 de enero de 2012, disponible en <http://www.publico.es/culturas/415909/la-lista-de-sinde>, (consultado por última vez el 18 de octubre de 2012).

⁴⁵⁰ MUÑOZ, RAMÓN y BELINCHÓN, GREGORIO, *Los fundadores de SeriesYonkis venden su parte del portal de descargas más exitoso de España*, Diario El País, 18 de enero de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/18/actualidad/1326841203_850215.html, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

⁴⁵¹ Que incluían 18 dominios en todo el mundo, como MEGAUPLOAD, MEGAVIDEO, MEGACLICK, MEGAWORLD, MEGAPORN, O MEGALIVE, *EE UU: "Megaupload es crimen organizado"* Diario El País, 20 de enero de 2012, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/20/actualidad/1327089184_983436.html, (consultado por última vez el 18 de octubre de 2012).

⁴⁵² Poco después también se cerró Library.nu, un servicio similar de almacenamiento de libros. *Cerrado el 'Megaupload' de los libros*, Diario El País 16 de febrero de 2012, disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/02/16/actualidad/1329412601_293810.html, (consultado por última vez el 19 de octubre de 2012).

hecho alentaban la realización de actos ilícitos, pues tales violaciones sobre el Derecho de Autor constituían la espina dorsal de su negocio ⁴⁵³. Este cierre provocó que millones de usuarios que habrían estado utilizando los servidores de MEGAUPLOAD como un disco duro virtual; es decir, como una “paleonube”, perdieran sus archivos legítimos, sin que hasta el día de hoy (y probablemente hasta el día del juicio final) hubieran sido capaces de recuperarlos.

La migración a los servidores de descarga directa parecía entonces estar tocando a su fin tras el cierre de MEGAUPLOAD y el presumible inminente fallo en contra de HOTFILE ⁴⁵⁴. En cuanto al tercer servidor de almacenamiento y descarga, RAPIDSHARE, aparentemente se ha cuidado desde entonces de actuar de manera muy escrupulosa a la hora de filtrar contenidos (si bien es cierto que obligado en la mayoría de las ocasiones por sentencias judiciales), y sus responsables han llegado a señalar, no sin parte de razón, que los verdaderos culpables de que sus servidores se utilicen para albergar y descargar contenidos ilícitos son las webs de enlaces ⁴⁵⁵. Según RAPIDSHARE esto es porque la web de alojamiento no dispone de ningún motor de búsqueda, por lo que resultaría imposible acceder a archivos ilícitos de no ser por las webs de enlaces, que proveen al usuario con la crucial información consistente en donde se aloja qué contenido, además de con las herramientas necesarias para acceder al mismo y descargárselo ^{456 457}. En suma: inmediatamente después del cierre de MEGAUPLOAD la mayoría de las webs de almacenamiento se apresuraron a borrar material ilícito de sus servidores, cancelar sus programas de recompensa por número de archivos subidos a sus webs, y en el caso de las webs de enlaces, como por ejemplo SERIESYONKIS.COM, a negar cualquier tipo de relación con MEGAUPLOAD ⁴⁵⁸.

⁴⁵³ Ver *'Tenemos un negocio curioso... piratas de la era moderna :)',* Diario El Mundo, 20 de enero de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/20/navegante/1327056343.html>, (consultado por última vez el 4 de octubre de 2012).

⁴⁵⁴ *Big Court Decisions Coming Soon for Hotfile, Vimeo,* The Hollywood Reporter, 10 de septiembre de 2012, <http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/vimeo-hotfile-youtube-court-decisions-369064>, (consultado por última vez el 2 de octubre de 2012).

⁴⁵⁵ Carta del director del departamento jurídico de RAPIDSHARE al Coordinador de medidas ejecutivas para la defensa de la propiedad intelectual de EE.UU. de 20 de agosto del 2012, disponible en <http://www.scribd.com/doc/103331643/IPEC-Comments>, (consultado por última vez el 2 de octubre de 2012).

⁴⁵⁶ Ídem.

⁴⁵⁷ Por cada archivo que se sube al servidor, este proporciona al usuario una dirección web o URL. Las páginas de enlaces dirigen precisamente a esta URL. ¿Cómo saben que URL contiene que contenido sin un motor de búsqueda? La respuesta es evidente.

⁴⁵⁸ *Otros sitios cancelan contenidos,* Diario El País, 22 de enero de 2010, disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/22/actualidad/1327270759_773068.html, (consultado por última vez el 18 de octubre de 2012).

A modo de ejemplo citaremos el caso de CINETUX.ORG, un sitio de enlaces cuyos propietarios son evidentemente españoles. Tras el cierre de MEGAUPLOAD, CINETUX clausuró temporalmente su servicio, y publicó en su web la siguiente nota: “*Cómo sabrán, la policía federal de los Estados Unidos (FBI), cerró la página de MEGAUPLOAD, por tanto dicho gobierno inició un acto de censura en toda Internet. Dicho acto de censura está intimidando a muchos sitios, por ello, VIDEOBB, VIDEOZER, FILESERVE, y muchos otros servicios de alojamiento "están eliminando masivamente" todo contenido de sus servidores. Dejando así, prácticamente inoperativa nuestra página www.cinetux.org y muchas otras*”⁴⁵⁹ ⁴⁶⁰. ¿Qué ha sido de CINETUX.ORG? Sobrevive, y goza de perfecta salud.

Una pequeña investigación realizada por el autor de este trabajo, con respecto a la película “*Frankenweenie*”, que se acababa de estrenar en las salas comerciales de EE.UU. en el momento en que el autor de este trabajo escribió estas líneas⁴⁶¹, me indicó que CINETUX.ORG enlaza a las siguientes webs de alojamiento para ver la película vía “*streaming*”: PUTLOCKER⁴⁶², SHOCKSHARE, NOSVIDEOS, ALLMYVIDEO, NOWVIDEO y MOEVIDEO; y a los siguientes para descargar la película: LETITBIT, TURBOBIT, y FREAKSHARE. En el marco de esta pequeña prueba, hice “click en la opción de “*streaming*” en NOSVIDEO y comprobé que la copia se había grabado, con toda probabilidad ilegalmente de una sala de cine. Hay más, tras la aparición de un pop-up en que una señorita estupenda que vive en mi ciudad me invita a llamarla, de pronto mi ordenador se apagó sin motivo...

⁴⁵⁹ Ídem.

⁴⁶⁰ Ciertamente el efecto disuasorio del cierre de MEGAUPLOAD quedó altamente probado. V. *FileServe y Wupload abandonan el intercambio de archivos por las presiones de los estudios*, Diario El Mundo, 4 de abril de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/04/navegante/1333534028.html>, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012). CRIADO, MIGUEL ANGEL, *El buscador P2P BTjunkie decide el cese de su actividad*, Diario Público, 7 de febrero de 2012, Disponible en <http://www.publico.es/culturas/420684/el-buscador-p2p-btjunkie-decide-el-cese-de-su-actividad>, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012). DELCOS, TOMÁS, *Otros sitios cancelan contenidos*, Diario El País, 22 de enero de 2012, Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/22/actualidad/1327270759_773068.html, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

⁴⁶¹ Realizo este experimento el 18 de octubre de 2012, en la web CINETUX.ORG.

⁴⁶² Algunas Fuentes apuntan a que PUTLOCKER es el auténtico heredero de MEGAUPLOAD. v. MARTÍN, JAVIER, *Putlocker se hace con el tráfico de Megaupload*, Diario El País, 11 de marzo de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/03/11/actualidad/1331461048_012673.html, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012). Según la misma fuente, otros “Cyberlockers” que habrían visto como su tráfico aumentaba serían RAPIDSHARE, MEDIAFIRE, FILESTUBE, 4SHARE y FILESONIC. Ídem.

Tras un ataque inicial de pánico, y gracias a que mis conocimientos informáticos han mejorado bastante a lo largo de los años, en menos de una hora conseguí arreglar el desaguisado. Lo ocurrido no obstante, tuvo su lado positivo, ya que me dio pie a reflexionar: ¿Qué le había ocurrido a mi ordenador? ¿Un virus introducido por la industria? ¿Por alguien cuya intención era inflamar a los usuarios contra la industria? ¿Por un simple hacker estafador? En realidad poco importa, puesto que afortunadamente vivo en EE.UU. y disfruto de una oferta legal amplia de contenidos legales, por lo que sé que no volveré a repetir este experimento. Lo que realmente resulta relevante es que los usuarios están asistiendo a una guerra sin cuartel entre los propietarios de contenido y los que se lucran ofreciendo de manera no autorizada tal contenido en la Red. En esta guerra, los usuarios son los rehenes, los prisioneros de guerra, y muy a menudo, las víctimas colaterales. Se inflama a los usuarios con consignas contra la industria, y se les invita a protestar masivamente contra cualquier intento de normalizar la situación; mientras se les cobra una cuota por cuentas “Premium” en servicios de alojamiento, perdiendo después para siempre sus archivos personales, subidos de buena fe a esas webs de alojamiento, una vez que se clausuran tales servicios. Esto mismo ocurrió a muchos usuarios de MEGAUPLOAD, que fueron tan ingenuos como para guardar documentos personales en un servicio que era a todas luces ilícito. Además, los usuarios que recurren a redes P2P participan en una lotería, que se parece más a una ruleta rusa, ya en que a menudo descargan archivos falsos en el mejor de los casos, o virus terminales en el peor (de ahí la utilidad de las webs de enlaces). “Lógicamente” estas circunstancias provocan su indignación contra la misma industria de contenidos cuyos productos están consumiendo. Estos son los perdedores de esta guerra: la inmensa mayoría de usuarios consumidores de estos contenidos gratuitos, y que nunca han subido un archivo ilícito a la Red ⁴⁶³.

Y es que parece claro que los usuarios que introducen contenido nuevo en la Red son unos sólo pocos, y parece obvio que los que suben un gran número de archivos lo hacen con un ánimo incluso “comercial”. Un estudio técnico realizado por unos investigadores, que monitorizaron todas las descargas realizadas por medio de protocolos BITTORRENT durante 103 días usando un

⁴⁶³ Además, muchos de ellos amén de un desdén absoluto contra la propiedad intelectual, parecen tener muy poco sentido común. Muchos están de nuevo almacenando archivos privados en la nueva “MEGAUPLOAD encriptada”: MEGA; sin reparar en la experiencia de MEGAUPLOAD; con lo que me parece muy difícil (por no decir imposible) cambiar la mentalidad de estos usuarios sólo con campañas educativas. Ver KOTCH, TOMASSO, y CASTELLANOS, GUILLERMO, *España, país líder en visitas a Mega*, Diario El País, 19 de febrero de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/15/actualidad/1360934158_450716.html, (consultado por última vez el 3 de marzo de 2013).

programa informático rastreador, llegó a la conclusión de que son precisamente unos pocos usuarios quienes inyectan la mayor parte de contenido nuevo en la Red.

Señala este estudio lo siguiente:

*“Estos resultados muestran que unos pocos proveedores de contenido insertan [en la Red] la mayoría de este contenido. No afirmamos que sea fácil hacer que estos proveedores de contenido dejen de inyectar contenido en la redes BitTorrent; no obstante resulta asombroso que un número tan pequeño de proveedores de contenido provoque billones de descargas. Por tanto, resulta sorprendente que los grupos anti-piratería traten de detener a millones de usuarios que realizan descargas en lugar de a un puñado de proveedores de contenido”*⁴⁶⁴.

¿Y en España? Exactamente lo mismo. Según un estudio de la Universidad Carlos III alrededor de un centenar de internautas suben a la Red un 70% del contenido ilícito que se aloja en las redes P2P y webs de alojamiento. ¿Por qué? Según el profesor RUBÉN CUEVAS, responsable del estudio *“Estos cien internautas que subieron el 75% de los contenidos tienen un perfil muy concreto. “Estos 100 iniciales son los que sacan beneficio. Al subir los archivos a PIRATE BAY incluyen enlaces a sus webs, llenas de enlaces y publicidad por la que se lucran”. En el estudio incluyen la cantidad media que obtienen por las páginas de enlaces: 300 dólares diarios. “Aunque algunas llegan a los 4.000 diarios. Es un gran negocio porque el mantenimiento es mínimo pero el beneficio grande”*”⁴⁶⁵.

Además, según el mismo artículo, el perfil del usuario español, por razones históricas que tienen que ver con el tremendo arraigo entre el público del doblaje de las obras cinematográficas al idioma español, tiene rasgos muy especiales:

⁴⁶⁴ “These results show that few content providers insert most of the contents. We do not claim that it is easy to stop those content providers from injecting content into BitTorrent however, it is striking that such a small number of content providers triggers billions of downloads. Therefore, it is surprising that the anti-piracy groups try to stop millions of downloaders instead of a handful of content providers”. DABBOUS, WALID, KAAFAR, MOHAMED ALI, LE BLOND, STEVENS, LEFESSANT, FABRICE, y LEGOUT, ARMAND, *Spying the World from your Laptop, Identifying and Profiling Content Providers and Big Downloaders in BitTorrent*, “3rd USENIX Workshop on Large-Scale Exploits and Emergent Threat, San José, 2010. Pág. 5. (Traducción del Autor)

⁴⁶⁵ ¿Quién sube las películas al BitTorrent?, 26 de enero de 2011, disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/01/26/actualidad/1296036063_850215.html (consultado por última vez el 2 de octubre de 2012).

“El público español demanda que [los archivos que contengan obras audiovisuales realizadas en otro idioma] sean traducidos a su idioma, lo que encarece el proceso y precisa de centros de distribución específicos.

Las películas descargadas en la Red española tienen la misma imagen que en el resto del mundo, pero el audio es otra historia. Para conseguirlo en castellano han de ir al cine, pagar la entrada y grabarlo con un equipo que ronda los 400 o 500 euros. Después, llega el proceso de sincronización de audio y vídeo, que no lo sabe hacer cualquiera.

Si la película es española, ni siquiera la imagen está disponible en los centros mundiales de descarga. La única manera de obtener imagen y audio es grabarlos en el cine o esperar a que salga el DVD y copiarlo. Eso hace que muy pocos españoles tengan capacidad de colocar material en la Red. "El 80% de los estrenos en la Red española son de dos páginas", aseguran JAJ. Estas webs llevan a cabo todo el trabajo mencionado y, además, compran material, ya procesado para el público español, en servidores FTP de pago. La web recupera el dinero con publicidad, venta de bases de datos de clientes o de las páginas de enlaces.

Si desaparecieran estas webs de material español y el intercambio de archivos se redujese a las redes mundiales con contenidos en versión original, las descargas en España serían casi inexistentes. "Habría pocos que, individualmente y sin esperar ni un gracias a cambio, pondrían cosas en circulación" ⁴⁶⁶ .

Por tanto, no me cabe duda de que la actividad de puesta a disposición no autorizada de obras sujetas al Derecho de Autor en España que realizan las webs de enlaces, sí que comporta incluso un ánimo de lucro “comercial”, siguiendo la desafortunada reformulación del elemento por parte de la Fiscalía General del Estado. Tampoco me cabe duda que una legislación severa, aplicada de manera efectiva en contra de las decenas de actores parásitos del mercado de las descargas, que son fuente primera de la mayoría de los archivos con contenido ilícito minimizaría el problema de la piratería al mínimo, al menos en lo que se refiere a obras audiovisuales.

⁴⁶⁶ Ídem.

Como siempre ocurre, casi inmediatamente tras el cierre de MEGAUPLOAD el tráfico de las redes P2P experimentó un crecimiento notable ⁴⁶⁷, aunque coyuntural, ya que en breve las redes de enlaces comenzaron a usar otras webs de alojamiento, como hemos señalado más arriba al hablar de CINETUX.ORG. No obstante, la cifra de usuarios de redes P2P en España sigue sin ser en absoluto es desdeñable ⁴⁶⁸, y como no podía ser de otra manera, pocos días después de lanzarse el llamado nuevo MEGA por los creadores de MEGAUPLOAD (una especie de MEGAUPLOAD encriptado), España ocupaba de nuevo el dudoso honor de liderar el tráfico mundial en esta nueva web ⁴⁶⁹. Tras el cierre de MEGAUPLOAD, se experimentó un descenso en el número de descargas de obras audiovisuales, que el tiempo y las últimas noticias han demostrado ser coyunturales: *“Sobre el aumento de las descargas ilegales de películas en 2013, cuando en 2012 había descendido, aseguraba Iñigo Palau [durante la presentación del Observatorio de Piratería y Hábitos de consumo de contenidos digitales de 2013] que el dato de 2013 es más certero. “El dato de 2012 estaba marcado por el cierre de Megaupload, que produjo una caída en las descargas, pero en pocos meses los Torrents y las páginas de enlaces cubrieron el hueco dejado”* ⁴⁷⁰.

Sobre lo señalado, hay que apuntar que no todos los infractores en la Red son idénticos, y se ha defendido que el Ordenamiento Jurídico no debería tratar a todos por igual. No es lo mismo una Red absolutamente centralizada como por ejemplo el NAPSTER originario; que una Red descentralizada, pero con la capacidad de buscar archivos entre los usuarios conectados a ella (es decir, que incorpore un buscador), como GROKSTER, KAZAA, ARES, etc.; que una Red descentralizada, consistente en una aplicación informática sin buscador incorporado, en la que se

⁴⁶⁷ *El uso del P2P crece en Europa tras el cierre de Megaupload*, Diario El País, 26 de enero de 2012, disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/26/actualidad/1327564710_986496.html, (consultado por última vez el 19 de octubre de 2012).

⁴⁶⁸ *“Peerates.net, que publica estadísticas sobre uso de eDonkey, aunque no controla todo el tráfico, afirma que contabiliza en los servidores que sigue que hay más de seis millones de clientes en todo el mundo. España sería el tercer país con un 11% del total (algo más de 782.000). Las cifras, por períodos anuales no permiten en este caso atribuir las causas el crecimiento. En todo caso, en 2011 registra una media mundial de 1.123.073 clientes conectados y las primeras cifras de 2012 son de 1.304.884. En España se detectan más de 37.000 usuarios diarios que harían una media de cuatro búsquedas. Madrid, en primer lugar, y Barcelona son las ciudades más activas, seguidas por Valencia a más distancia”*. Ídem. Es de señalar que eDonkey ha pasado su momento de gloria, y que la mayoría de los usuarios de redes P2P se han decantado últimamente por el sistema BitTorrent.

⁴⁶⁹ *España lidera el tráfico de la nueva web de Kim Dotcom*, Diario El Mundo, 3 de febrero de 2013. Disponible en <http://www.elmundo.es/accesible/elmundo/2013/02/03/navegante/1359893837.html>, (consultado por última vez el 4 de febrero de 2013)

⁴⁷⁰ LÓPEZ PALACIOS, IÑIGO, *“El 84% de todos los contenidos culturales adquiridos en España es pirata”*, Diario el País, 9 de abril de 2014.

Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/09/actualidad/1397039187_622486.html. (consultado por última vez el 14 de mayo de 2014).

necesite para descargarse archivos ilícitos acudir a un elemento extrínseco a la propia web, como es la aplicación BIT TORRENT (la aplicación BitTorrent, sin un buscador de cualquier tipo que proporcione acceso, o localice la URL de un archivo del tipo .torrent es completamente inútil desde el punto de vista de su potencial de encontrar y descargar un determinado archivo con la última película de CLINT EASTWOOD); que una web de almacenamiento, como la extinta MEGAUPLOAD, que considerada en el vacío comparte muchas de las características de la famosa “nube” (de hecho ella misma era una paleo-nube); que una web de enlaces a redes P2P o de almacenamiento, que no albergan en sí mismas parte alguna de las obras, pero que localizan las copias antijurídicas de “buena calidad” en algunas de las redes P2P o webs de almacenamiento antes reseñadas.

De los modelos enumerados, muchos pueden ser ilícitos o lícitos dependiendo de ciertos matices: la aplicación informática BitTorrent, sin más, es simplemente una herramienta de intercambio de archivos que pueden ser lícitos o ilícitos (sin importar que se utilice de forma abrumadoramente más común para compartir archivos no autorizados que para otro uso, porque, al igual que ocurría en el caso SONY, es susceptible de realizar funciones lícitas). Es más, las webs de enlace que ordenan, clasifican, y hasta utilizan los posters originales de las obras a las que enlazan, y que en algunos casos recaudan sustanciales sumas económicas a través de la publicidad, son potencialmente una herramienta más nociva para la propiedad intelectual que la aplicación BitTorrent en el vacío, porque las webs de enlace en general no sirven para otra cosa que para facilitar e inducir la descarga ilícita de obras de creación sujetas al Derecho de Autor, y la defensa que siempre han esgrimido es que en ellas no se albergan las obras; que son en cierta medida como GOOGLE, porque sólo enlazan (aunque los resultados de GOOGLE se generan automáticamente mediante un algoritmo, y aquí –sin meternos en que sean los mismos responsables de redes de enlace los que pongan a disposición las copias piratas de las obras, en el caso de España convenientemente y adecuadamente traducidas al gusto del público español- existe cuando menos un trabajo de ordenación y de comprobación de la “web destino” del enlace)⁴⁷¹. Por su parte, MEGAUPLOAD en el vacío no es necesariamente una web pirata (mucho menos si el usuario que

⁴⁷¹ Así lo parece entender la Sentencia PABLO SOTO, cuando señala que *“El ofertar una tecnología P2P avanzada no supone incurrir en actos de expolio ni de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (no estamos ante prácticas de Internet que pudieran ser constitutivas de ello, tales como el uso incorrecto de enlaces que permitieran aprovecharse de algo ajeno y presentarlo como propio, etc.)”*. Sentencia 103/2014 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimoctava, 31 de marzo de 2014, Fundamento de derecho décimo.

almacena contenido hubiera recibido una contraseña para acceder a este), puesto que al igual que sucede en BitTorrent era susceptible de usos legítimos (y de hecho muchos usuarios perdieron sus documentos personales lícitos, que guardaban en MEGAUPLOAD, utilizándolo como una memoria externa), y su caída en desgracia fue porque se comprobó que sus responsables conocían el contenido que albergaba su web (lo cual desechaba la teoría de que se trataba de un servicio de alojamiento “neutral”) y se lucraban facilitando su acceso, y reproduciéndolo vía “streaming” a través de su plataforma MEGAVIDEO (diseñada “ad hoc” para fomentar la suscripción de pago “premium”, puesto que sólo permitía a los usuarios no suscritos visionar 70 minutos del video elegido, teniendo que esperar 30 minutos el usuario para poder continuar su visionado). MEGAVIDEO era así en la práctica una web de “streaming” similar a NETFLIX, aunque con un catálogo inmensamente superior a ella, que proporcionaban los propios usuarios, y por los que los responsables de MEGAUPLOAD no tenían que pagar un céntimo en concepto de derechos de comunicación.

Por ello, parece claro que de las actividades de las webs de enlace se puede predicar una intención continuada de lucrarse facilitando e induciendo las reproducciones no autorizadas de los usuarios, lo que no se puede afirmar de manera tan genérica de las herramientas informáticas P2P y similares en general, y consideradas en el vacío; a no ser claro, que la herramienta P2P en sí misma considerada, además de servir como programa informático de intercambio de archivos, preste un servicio continuo de localización y discriminación de archivos ilícitos (en cuyo caso se convertirá además en un prestador de servicios –ilícitos- de Internet), y como ocurría en el caso NAPSTER de la arquitectura de programa se deduzca un control total sobre el contenido que se comparta a través de la aplicación. Para empezar, los desarrolladores de programas informáticos P2P o similares no prestan legalmente un servicio continuado en la Red, sino que crean y distribuyen un programa que en muchas ocasiones es susceptible de usos legítimos (los programadores son asesorados legalmente sobre cómo mantenerse dentro de la legalidad). Así lo entendió la Audiencia Provincial de Madrid en el reciente caso contra PABLO SOTO (quizá el único contra un programador de aplicaciones P2P que se ha llevado a cabo en nuestro país), cuando en su Sentencia absolutoria del 31 de marzo de 2014 señaló lo siguiente:

“No parece que la posición de los demandados, en contra de lo que sostiene la parte demandante, pueda ser considerada como la de un proveedor de servicios de Internet

sujeto a las responsabilidades previstas en la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) en concreto en su artículos 13 a 17, en relación con el artículo 138 del TRLPI. Porque lo que los demandados realizan respectivamente es la creación y comercialización de un programa informático. No se trata de prestadores de un servicio de intermediación en Internet, pues su misión no es posibilitar el acceso de los usuarios a la Red, ni se encargan de la transmisión de datos, ni proporcionan servicios de alojamiento de los mismos, ni tampoco facilitan enlaces a otros contenidos ni incluyen buscadores de estos. En consecuencia, ni siquiera estaríamos en el ámbito de las responsabilidades que pudieran exigirse a los proveedores de servicios e Internet”⁴⁷².

Consideremos la penúltima herramienta de la que he tenido noticia, y que se utiliza para conseguir música gratuita en formato MP3 (que conozco gracias a mis alumnos). La herramienta se llama Youtube-mp3, y se localiza en una web⁴⁷³ en la que introduciendo la dirección URL de un video de YOUTUBE, esta lo convierte en un archivo de sonido en formato MP3. Considerando que en YOUTUBE existe un número importante de videos con licencia “Creative Commons”, esta web es capaz de usos legítimos puesto que en lo que respecta a estos videos se trataría en puridad de un simple conversor de formatos, y la ilicitud, de haberla, correría de cuenta de YOUTUBE, que es donde estarían localizados los videos que contendrían obras musicales sujetas al Derecho de Autor. No obstante, parece demostrado que los titulares de derechos que no desean que su obra esté en YOUTUBE pueden evitarlo (caso del cantante y compositor PRINCE durante años, o de la Liga de Fútbol Profesional y la FIFA, que tienen una política activa de retirada inmediata de las imágenes de partidos de fútbol de su propiedad de la web propiedad de GOOGLE).

No obstante, si se considera (como explicitaba la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, y recogieron diversas Sentencias) que la reproducción no autorizada de archivos desde la Red genera una copia privada (que es una copia lícita) entonces ninguno de los actos de directos de reproducción que se realizaran a través del NAPSTER originario, GROKSTER, KAZAA, MEGAUPLOAD, etc. serían en ningún caso ilícitos; y tampoco ningún acto de enlace un archivo digital contenido en cualquiera de estas herramientas será asimismo ilícito (aunque el Ordenamiento Jurídico contemplase los ilícitos de facilitación e inducción a la infracción del

⁴⁷² Sentencia 103/2014 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimoctava, 31 de marzo de 2014, Fundamento de derecho sexto.

⁴⁷³ Disponible en <http://www.youtube-mp3.org> (consultado por última vez el 12 de junio de 2014).

derecho de reproducción, lo cual es una realidad reciente en el Orden Jurídico Penal, y está por hacerse en el Civil), puesto que facilitar o inducir un acto lícito lógicamente no puede ser un ilícito. En otras palabras, si se toma la calificación que la Circular hacía de las descargas, entonces todo es lícito, y no habría que preocuparse por realizar análisis de otra índole sobre las aplicaciones informáticas P2P o las webs de enlaces individualmente consideradas.

Pero es que en nuestro país, incluso habiendo corrigiendo esta irregularidad, en la mente “colectiva” de los usuarios ha quedado el convencimiento de que al piratear están realizando una copia privada lícita; convencimiento que sólo se podría revertir eliminando el límite de copia privada del ámbito digital. El primer paso para que los usuarios hagan lo correcto es que tomen conciencia de que están realizando actos ilícitos. En EE.UU. se siguen produciendo un número nada desdeñable de descargas ilícitas (aunque porcentualmente muy inferior a España), pero todo el mundo es consciente de la ilicitud de estos actos, y se encuentran socialmente mal vistos.

Ya hemos visto que la Sentencia elrincondejesus.com fue corregida en segunda instancia; e incluso en la reciente Sentencia absolutoria dictada a favor de PABLO SOTO dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, corrige a la Primera Instancia ⁴⁷⁴ señalando que el límite de la copia privada no resulta de aplicación *"pues su vocación es la de la utilización colectiva de esas copias, que además en muchos casos, se realizan precisamente a partir de un ejemplar ilegítimo"* ⁴⁷⁵. De hecho en la Sentencia se pasa a analizar la figura de la infracción indirecta porque se parte del supuesto de que ha habido efectivamente una infracción, lo cual no ocurría cuando se consideraban las descargas como copias privadas.

Así, en la Sentencia PABLO SOTO, se da la razón al demandado entendiendo el Tribunal que este simplemente ofrecía una herramienta informática para el intercambio de archivos de audio, capaz de usos legítimos como por ejemplo el intercambio de archivos de audio con licencia “*creative commons*” ⁴⁷⁶, que no tenían ningún control sobre las reproducciones realizadas sobre los usuarios, y que el programa no elude las medidas tecnológicas de seguridad de los archivos de audio que se intercambian mediante su uso ⁴⁷⁷. Todo lo señalado nos da una idea del “desorden

⁴⁷⁴ Que remitía directamente a la Sentencia Elrincondejesus.com.

⁴⁷⁵ Sentencia 103/2014 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimoctava, 31 de marzo de 2014, Fundamento de Derecho Décimo.

⁴⁷⁶ Ídem.

⁴⁷⁷ Ídem.

conceptual” reinante en el Derecho Español, también con respecto al tratamiento legal del desarrollo y distribución de redes P2P o similares, e incluso de las webs de enlaces. Aunque la Sentencia PABLO SOTO quizá acierte no criminalizando la creación de una aplicación tecnológica P2P sin más (las aplicaciones creadas por el demandado no disponían de un buscador incorporado, etc.), no podemos sino temernos basándonos en el razonamiento que hace la Sentencia que otros buscadores menos “neutrales” podrían ser considerados asimismo lícitos según la normativa civil vigente. Es más, la Audiencia Provincial de Madrid explícitamente previene contra la tentación de tomar como referencia para un fallo judicial sobre este asunto en nuestro país cualquier decisión emanada de los Tribunales Norteamericanos ⁴⁷⁸. Es de esperar que la reforma legal se encargue también de aclarar las normas materiales relativas a la infracción indirecta (concretamente sobre inducción y facilitación) para luchar de manera efectiva contra los que se lucran con la piratería, que en nuestro país son sobre todo las webs de enlaces. Aunque la descarga como método de piratería (igualmente que como método de comercialización legal) irá perdiendo importancia progresivamente, hay que prevenir y dejar muy claro desde el punto de vista legal que los actos de enlace a webs de “streaming” ilícito sean en sí mismo actos punibles, puesto que ahí es donde se librará la próxima batalla.

La consecuencia lógica de lo aquí expuesto es que devolver a los titulares de derechos de autor el control total sobre la explotación digital de sus obras, y proteger esta explotación con normas jurídicas adecuadas que protejan las medidas tecnológicas, y que penalicen de manera adecuada los supuestos de infracción indirecta, es en este punto la única opción posible para que la industria de contenidos en nuestro país se recupere aunque sea de forma lenta y gradual. No obstante, y desgraciadamente, parece que el “ser” que el “deber ser” no acaban de llegar a coincidir. Es de temer que, de seguir así, la industria de contenidos en España está condenada a su práctica extinción o a reducirse prácticamente hasta la anécdota, puesto que no se dan las condiciones macroeconómicas para que el Estado la subvencione, y al mismo tiempo en las condiciones actuales no resulta posible una explotación privada eficiente de la obras de creación por parte de sus titulares de derechos. Desgraciadamente, como señalado más arriba, cabe la posibilidad de que varias generaciones crezcan (y mueran) con la semilla de podredumbre moral que implica el desdén a la propiedad ajena.

⁴⁷⁸ Sentencia 103/2014 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimoctava, 31 de marzo de 2014, Fundamento de derecho Octavo.

Hasta ahora, en una España profundamente dividida políticamente, los partidos políticos mayoritarios carecen del coraje necesario para tomar medidas antipopulares que protejan la propiedad intelectual. Durante el fallido trámite en el Congreso de la “Ley Sinde” realizado en diciembre de 2010, los responsables de las webs ilícitas de descargas, que en España suponían un 70% del tráfico global de la red, realizaron un efectivo apagón de 24 horas ⁴⁷⁹ que movilizó a una reducida pero ruidosa parte de sus usuarios, y sorprendentemente amedrentó a la mayoría de los partidos políticos. A mismo tiempo, el despojo de los derechos de propiedad intelectual se justificaba desde sectores pseudo-progresistas, argumentando un mal entendido derecho a la cultura de la ciudadanía. Por ejemplo, DAVID BRAVO lo justificaba apelando a la función social de la propiedad, sin explicar que la manifestación más evidente de esta, la expropiación de propiedad real, tiene aparejada de acuerdo con artículo 33.3 de la CE, y con la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, el pago de un justiprecio al titular de un derecho de propiedad, y que de no darse este, estamos hablando de un requisamiento de la propiedad propia de países totalitarios ⁴⁸⁰. No es infrecuente que los argumentos de estas posturas se centren en la voracidad de las industrias multinacionales de contenidos, en el imperialismo cultural americano, y en otros argumentos populistas similares. Como muy bien apunta el exministro socialista ENRIQUE BARON, *“no es de recibo la atrevida afirmación de que Internet hace tabla rasa del pasado y es un cuerno de la abundancia en el que cada quien puede servirse a su gusto. Ofrecer no es descargar, cuestión que crea problemas jurídicos importantes. Así, a la hora de hablar de garantías jurídicas, hay que solventar el delicado tema de la despenalización del hurto. No es admisible que si uno se lleva un libro o un vídeo de una tienda pueda ser procesado mientras que si lo descarga por la Red pueda argüir que se trata de una difusión progresista de la cultura”* ⁴⁸¹

⁴⁷⁹ “En fuentes de los operadores de acceso a Internet (ISP) se señaló que el tráfico de datos podría haber caído ayer [el día del apagón] en torno al 50%”. *Pacto in extremis por la 'ley Sinde'*, Diario El País, 20 de diciembre de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2010/12/20/cultura/1292799601_850215.htm. (Consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

⁴⁸⁰ BRAVO BUENO, DAVID, *Copia este libro*, Editorial Dmem, 2005. Pág. 104-05.

⁴⁸¹ *Propiedad intelectual 2.0*, Diario El País, 25 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/25/opinion/1295910005_850215.html. (Consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

Por el otro lado, desde sectores conservadores/liberales, que normalmente deberían defender a toda costa la propiedad como una de las manifestaciones máximas de la libertad, se defienden las conductas de todo punto antijurídicas contra la misma argumentando se está intentando prolongar artificialmente la vida de un mercado obsoleto, olvidando que en países en que sí se respeta el Derecho de Autor, y en que se intenta minimizar el impacto de la competencia desleal, al contrario que en España sí que existe “*un nuevo paradigma de probada rentabilidad en el mercado estadounidense con compañías como NETFLIX (la evolución digital del modelo BLOCKBUSTER), Hulu (ABC, CBS y FOX cuelgan ahí sus series) o Mubi*”⁴⁸²; o, en el ámbito de la música existe un cada vez más robusto mercado legal, en que durante el año 2011, “*Un 50,3% de la música vendida en el país norteamericano se distribuyó de forma virtual directamente a los dispositivos electrónicos de los consumidores*”⁴⁸³.

Por último, desde ciertos sectores radicales-tecnologistas se intenta (con bastante éxito por otra parte) propagar la idea de que utilizar métodos (a menudo de una complejidad técnica notable) para eludir las normas jurídicas protectoras de la propiedad intelectual constituye una especie de desobediencia civil ante un estado que ha olvidado a sus ciudadanos. Se intenta dar al intercambio de archivos barniz moral equivalente a la defensa de los derechos civiles. No podría estar más de acuerdo con REIDENBERG cuando señala lo siguiente: “*Los mecanismos de elusión de la comunidad en red [...] en realidad son métodos de elusión de la propiedad intelectual. La distinción es importante [...] es también la distinción entre desobediencia civil, es decir violar la ley con el propósito de conseguir una reforma legal que beneficia a la sociedad en general; y el egoísmo civil, violar la ley para obtener una ganancia personal y rechazar el imperio de la ley*”

⁴⁸⁴.

2.2.6 **La oferta legal de contenidos on-line en España.**

⁴⁸² *Taquilla en el salvaje oeste*, Diario El País, 10 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/10/cultura/1294614002_850215.html, (consultado por última vez el 6 de octubre de 2012).

⁴⁸³ *La música digital ya vende más que la física en EEUU*, Diario El Mundo 7 de enero de 2012, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/07/cultura/1325944581.html>, (consultado por última vez el 18 de octubre de 2012).

⁴⁸⁴ “*The network community's avoidance mechanisms, however...They are in reality intellectual property evasion mechanisms. The distinction is important...This is also the distinction between civil disobedience - violating the law for the purpose of achieving law reform that benefits society at large - and civil selfishness - violating the law for personal gain and rejecting the rule of law*”. REIDENBERG, JOEL, *Fourth Annual Baker Botts Lecture: The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy*, Houston Law Review, Vol. 44, 2007. Pág. 1084. (Traducción del autor).

Una de las excusas más frecuentes que se invocaba y se invocan ⁴⁸⁵ a la hora de defender el intercambio no autorizado de archivos a través de redes P2P en España es la ausencia de una oferta legal alternativa de calidad, económica, y que disfrute de un catálogo reciente de contenidos en el ámbito de la Red. Parece claro, aunque se quiera defender lo contrario por parte de ciertos sectores, que el intercambio ilícito de contenidos detrae del mercado una cantidad ingente de recursos. *“Los estudios sobre la Red en España coinciden en que si todo lo que se descarga de forma ilegal se pagase, el mercado de contenidos digitales podría ser tres veces mayor de lo que es actualmente. El valor de lo pirateado en películas asciende a 2.382,5 millones de euros; en música a 2.291,6 millones de euros; en videojuegos a 246,2 millones, y en libros a 200,5 millones. La tasa de piratería ascendió, en media ponderada, a un 76% sobre estos mercados en el segundo semestre del año, si bien, música y películas tuvieron tasas de piratería muy superiores, del 95,6% y 83,7%, respectivamente, frente a los videojuegos, 52,3%, y el 19,7% del sector del libro”* ⁴⁸⁶ .

No obstante, todos los potenciales (y actuales) operadores coinciden en que para se haga realidad el hipotético desarrollo de esta oferta legal es necesario un marco de seguridad jurídica en nuestro país que en estos momentos no existe. La misma Subcomisión del Congreso sobre la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, reconocía en febrero de 2010, si se quería apostar por el hipotético desarrollo de una oferta legal competitiva para el público de obras de creación para España en el ámbito de la Red que *“es crucial -sobre todo para los operadores- entender y asumir el cambio en los modelos de negocio provocado por la aparición de las nuevas tecnologías, aunque éstos "no podrán desarrollarse con la rapidez que sería aconsejable sin un mínimo de seguridad jurídica, que garantice una tutela efectiva para los derechos de propiedad intelectual en que se basan"* ⁴⁸⁷ .

El estudio denominado *“Segundo Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales”* (elaborado por la consultora estadounidense IDC a instancias de la Coalición de Creadores de Industrias y Contenidos, integrado por las sociedades de gestión y gran parte de la

⁴⁸⁵ Recordemos lo que contábamos más arriba al hilo de lo ocurrido con ocasión de la emisión en EE.UU. del último episodio de la serie *“Breaking Bad”*.

⁴⁸⁶ CUELLAR, MANUEL, *Descargas muy 'legales'*, Diario El País, 20 de junio de 2010, Disponible en http://elpais.com/diario/2010/06/20/eps/1277015219_850215.html, (consultado por última vez el 16 de diciembre de 2012)

⁴⁸⁷ *La Subcomisión pide al Gobierno cambios en la ley sobre los derechos de autor*. Que.com, 25 de febrero de 2010. Disponible en <http://www.que.es/últimas-noticias/espana/201002251525-subcomision-pide-gobierno-cambios-ley.html>, (consultado por última vez el 1 de octubre de 2012).

industria cinematográfica y musical) concluye que un 58% de los usuarios estarían dispuestos a pagar el contenido que se descargan si se pusiera coto efectivo a la piratería ⁴⁸⁸, pero al mismo tiempo planteaban una queja que la realidad se ha encargado de demostrar estaba cargada de razón *“Somos perfectamente conscientes de que hay un mercado. Más del 95% de lo que se consume en la Red es lo que la industria fabrica, es lo nuestro. La gente quiere lo que nosotros hacemos, pero pedirle a la industria que haga una inversión relevante y fuerte y se vuelque en la Red sin tener un marco jurídico que le dé un mínimo de seguridad es algo que no se puede pedir. Nadie quiere hacerlo”* ⁴⁸⁹. El abogado especialista FEDERICO FERNÁNDEZ DE LA TORRE añade que *“El sector lleva siete años en picado soportando caídas del 60%. Está en una situación límite. ¿Y encima le pedimos que innove? Tenemos que darnos cuenta de que crear una alternativa legal cuesta mucho y que es muy difícil conseguir financiación. No queremos que todo funcione como antes, pero lo que es inaceptable es que, con la consigna de la cultura de libre acceso, alguien que no es propietario de los títulos decida que sean gratis y encima saque beneficios”* ⁴⁹⁰.

Nos centraremos fundamentalmente aquí en el mercado para obras audiovisuales (obras cinematográficas y series de televisión), ya que es en este en donde la carestía de oferta legal resulta más acuciante. No resulta extraño por tanto, que los emprendedores responsables de los primeros esfuerzos para construir en España un modelo legal alternativo (FILMOTECH, FILMIN, WUAKI TV, YOUZEE), se quejaron amargamente de la falta de apoyo del anterior gobierno a sus iniciativas ⁴⁹¹. De hecho, hasta ahora ninguna de ellas ha logrado reproducir en el mercado español el éxito de NETFLIX mercado norteamericano. FILMOTECH, ofrecía hasta hace poco básicamente cine español a 1,42 euros por visionado en *“streaming”*. FILMIN era una web inicialmente especializada en cine de autor y películas europeas, y a partir de 10 euros al mes

⁴⁸⁸ MUÑOZ, RAMÓN, MUÑOZ, RAMÓN, *El mercado pirata de contenidos es casi cuatro veces mayor que el legal*, Diario El País, 4 de noviembre de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/11/04/cultura/1288825204_850215.html, (consultado por última vez el 5 de octubre de 2012).

⁴⁸⁹ *La industria cultural afirma que el 78% de los contenidos que se consumen en España son 'piratas'*, Diario El País, 12 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/04/12/actualidad/1302559202_850215.html, (consultado por última vez el 19 de diciembre de 2012).

⁴⁹⁰ ANSORENA, LUIS, *¿Y ahora dónde veo las películas?* Cinco Días, 31 de enero de 2012, Disponible en http://www.cinco dias.com/articulo/economia/ahora-veo-peliculas/20120131cdscdseco_9/, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

⁴⁹¹ *Taquilla en el salvaje oeste*, Diario El País, 10 de enero de 2011, Disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/10/cultura/1294614002_850215.html, (consultado por última vez el 18 de diciembre de 2012).

permite acceder a su catálogo, aunque en el momento en que escribí estas líneas (diciembre de 2012) resultaba posible alquilar títulos de reciente cine comercial americano (como por ejemplo “*Los mercenarios 2*”) por 3,95 euros. WUAKI TV, que empezó a operar en julio de 2011, apostó desde sus comienzos por el cine comercial. En estos momentos funciona doblemente como un videoclub virtual, en que se puede alquilar el último cine comercial norteamericano (el qué descargan de manera no autorizada la inmensa mayoría de los usuarios) a 3.99 euros la película, y que incluye también una subscripción anual “Premium” por 49.99 euros. YOUZEE es un servicio similar desarrollado por la cadena de cines YELMO. No obstante, y debido a la competencia desleal que supone la piratería, a mediados del año 2011 sus responsables reconocían que ninguna de estas webs había conseguido ser aun rentable ⁴⁹². No obstante, según el periódico digital CINCO DÍAS, “*ni WUAKI TV ni FILMOTECH.COM ni FILMIN, principales videoclubes en España, desvelan los ingresos que tienen. Son tan bajos que prefieren no publicarlos*” ⁴⁹³, lo cual resulta muy preocupante, teniendo en cuenta que poner en pie un negocio de esta índole requiere una inversión inicial de unos ocho millones de euros ⁴⁹⁴.

El responsable de que la productora MEDIASET (propietaria de varias cadenas de televisión, entre las cuales su buque insignia es TELECINCO) ante la pregunta ¿de qué depende que el mercado de pago despegue? Señalaba lo siguiente: “*De una triple circunstancia: que la ley regule el sector tal y como ha sucedido otros países; que se trabaje desde las instituciones y organismos públicos en campañas institucionales de educación, cultura y comunicación especialmente dirigidas a la generación más joven con el fin de desterrar la idea generalizada de que el cine (o la música) es gratuito; y que despunte definitivamente la inversión publicitaria en el entorno online para poder avanzar paralelamente el desarrollo del negocio desde el punto de vista de los contenidos*” ⁴⁹⁵.

Especial atención merece el caso de la anunciada llegada a España de NETFLIX, la web norteamericana de alquiler de obras audiovisuales (fundamentalmente cinematográficas, aunque

⁴⁹² BARCIELA, FERNANDO, *El desembarco de Netflix*, 4 de septiembre de 2011, Disponible en http://elpais.com/diario/2011/09/04/negocio/1315141409_850215.html, (consultado por última vez el 18 de diciembre de 2012).

⁴⁹³ ANSORENA, LUIS, *¿Y ahora dónde veo las películas?* Cinco Días, 31 de enero de 2012, Disponible en http://www.cincodias.com/articulo/economia/ahora-veo-peliculas/20120131cdscdseco_9/, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

⁴⁹⁴ Ídem.

⁴⁹⁵ ALEMANY, LUIS, ‘*¿Cine de pago? Necesitamos que despunte la inversión publicitaria en red*’, Diario El Mundo, 23 de febrero de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/23/cultura/1329988104.html>, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

últimamente se atreven hasta con la producción y emisión exclusivamente en su plataforma de series propias de gran calidad; como por ejemplo: “*House of Cards*”, u “*Orange is the New Black*”) a través de la Red, que es el modelo de una alternativa legal asequible para el usuario, con un catálogo tremendamente competitivo ⁴⁹⁶, y que finalmente nunca se llegó a producir. El éxito de NETFLIX en EE.UU. resulta innegable, ya que “*le han bastado nueve años para multiplicar su cifra de suscriptores por 30, de 867.000 en 2001 a los 25,5 millones de junio de este año. Tan popular es su servicio que en marzo de este año el “streaming” -o difusión por Internet en tiempo real- de sus vídeos supuso nada menos que el 22,2% de todo el tráfico en EE UU*” ⁴⁹⁷. El desembarco de NETFLIX se esperaba ardientemente entre la industria audiovisual española, pues se entendía que una vez operativa en nuestro país, actuaría como fuera dinamizadora de la oferta cinematográfica legal, lo cual terminaría beneficiando a todos ⁴⁹⁸. Tras el cierre de MEGAUPLOAD (y la momentánea retirada masiva de archivos por parte de sus clones motivada por el efecto pánico), momento en que muchos usuarios buscaron alternativas legales a lo largo y ancho del planeta, NETFLIX, ya establecida (no por casualidad) en el Reino Unido, seguía sin dar una fecha para su futura entrada en el mercado español ⁴⁹⁹.

De la misma manera empresas citadas hasta la extenuación por los “tecnologistas” como vanguardia de los derechos de los usuarios frente a la “malvada” industria de contenidos, han comenzado su singladura como video clubes virtuales, pero en ningún caso en España. YOUTUBE (es decir GOOGLE) ha comenzado a alquilar cine en la Red vía “*streaming*” en EE.UU. y Reino Unido ⁵⁰⁰, pasando posteriormente a Francia ⁵⁰¹. Sin embargo los responsables de YOUTUBE, en el momento en que escribo estas líneas tampoco tenían previsto ofrecer este servicio en España

⁴⁹⁶ NETFLIX se atreve incluso con la producción propia de series de gran presupuesto, que se estrenan únicamente en su plataforma en la Red; como por ejemplo la galardonada “*House of Cards*”.

⁴⁹⁷ Ídem.

⁴⁹⁸ BELMONTE, EVA, *España, año 1 antes de Netflix*, Diario El Mundo, 9 de noviembre de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/11/07/navegante/1320687892.html>, (consultado por última vez el 19 de diciembre de 2012).

⁴⁹⁹ *Netflix España sigue sin fecha de llegada*, Diario El Mundo, 26 de enero de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/25/navegante/1327491277.html>, (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2012).

⁵⁰⁰ KOCH, TOMASSO, *Hollywood se 'alquila' en YouTube*, Diario El País, 4 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/04/04/actualidad/1333555984_055734.html. (consultado por última vez el 21 de diciembre de 2012).

⁵⁰¹ *Google Play y YouTube comienzan a alquilar películas en Francia desde 2,99 euros*, Diario El Mundo, 29 de marzo de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/29/navegante/1333033876.html>, (consultado por última vez el 21 de diciembre de 2012).

⁵⁰² . “Casualmente” pocos meses después de su entrada en el negocio de alquiler de contenidos on-line, GOOGLE modificó su algoritmo para ser más respetuoso con el Derecho de Autor, otorgando en su omnipresente buscador *“una posición más destacada a los sitios que ofrezcan contenidos legítimos. GOOGLE distinguirá entre unos contenidos y otros consultando si las páginas que ofrecen un contenido concreto y lo enlazan cuentan en su historial con denuncias por pirateo, con más de 200 fuentes de consulta. Es decir, añade un ingrediente legal a una fórmula que hasta ahora se guiaba por un criterio estrictamente científico”*. ¿Se sentirían los “tecnologistas” españoles engañados ante este acto de “censura” en la Red ⁵⁰³ ?

No obstante y para ser honestos, siendo la nula protección a los derechos de autor en la Red en nuestro país la causa principal de la terrorífica crisis del cine español, y a que la explotación legal de contenidos en el ámbito de Internet brille por su ausencia, existe un inmovilismo en la industria que nadie puede negar, y que tiene su mejor reflejo en el “problema de las ventanas” ⁵⁰⁴ . Es decir, en la nula flexibilidad existente entre la fecha de estreno de una película en una sala cinematográfica, y su potencial explotación en la Red.

En cuanto a la industria musical, los datos de países de nuestro entorno sugieren que cuando existe una protección efectiva de los derechos de autor en la Red, tanto los usuarios como la industria se adaptan a los nuevos modelos de mercado, incluso en su versión de pago ⁵⁰⁵ . En el terreno musical en España también existen ya una gran variedad de fuentes legales para acceder a obras musicales

⁵⁰² KOCH, TOMASSO, *YouTube ficha a Rambo y Terminator*, Diario El País, 4 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/04/16/actualidad/1334595000_088193.html, (consultado por última vez el 3 de enero de 2013).

⁵⁰³ JIMÉNEZ CANO, ROSA, *Google cambia para proteger el 'copyright'*, Diario El País, 13 de agosto de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/08/13/actualidad/1344855614_135573.html, (consultado por última vez el 21 de diciembre de 2012).

⁵⁰⁴ GARCÍA, ROCÍO, y GÓMEZ, ROSARIO G., *La ventana de Internet, en el aire*, Diario El País, 21 de mayo de 2012. Disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/21/actualidad/1337615715_708834.html, (Consultado por última vez el 3 de enero de 2013).

⁵⁰⁵ MARTÍN, JAVIER, *Reino Unido: las ventas de música digital superan a la física*, Diario El País, 31 de mayo de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/05/31/actualidad/1338473165_656380.html. (Consultado por última vez el 4 de enero de 2013).

en la Red ⁵⁰⁶ , aunque como ha sucedido en el ámbito del cine, algunas iniciativas destinadas a proporcionar una alternativa legal han tenido que echar el cierre quizá prematuramente ⁵⁰⁷ .

Durante años el mercado legal de explotación sobre obras musicales en el ámbito de la Red se limitaba a su venta en formato MP3 (sin considerar a efectos de este punto de mi trabajo aquí el modelo de tiendas virtuales de CD's físicos, entre las que se incluye AMAZON, ni tampoco de minoristas con sucursales asimismo físicas, como por ejemplo grandes almacenes como EL CORTE INGLÉS y FNAC, que también venden copias tangibles en el ámbito de la Red). Precisamente en este ámbito, y en la venta de música libre de un soporte tangible, parece claro que la parte del león se la ha llevado el servicio pionero, que no es otro que el servicio ITUNES de APPLE ⁵⁰⁸ . No obstante, se ha detectado últimamente que el mercado parece dirigirse no exclusivamente hacia la compra de la obra musical por parte del usuario (separada o no de su soporte tangible), sino hacia la posibilidad de un acceso ilimitado por parte de los usuarios a un catálogo on-line. Entre los servicios legales en la Red dedicados a la comunicación en línea de obras musicales, sin duda el más célebre, y el que goza de más aceptación entre los usuarios es SPOTIFY. SPOTIFY es un servicio interactivo de música en “*streaming*”, que resulta gratuito al usuario a cambio de que este escuche periódicamente anuncios publicitarios; o en el que alternativamente el usuario, goza de la opción del pago de una suscripción mensual por la recepción del mismo servicio sin interrupciones publicitarias, y que cuenta con quince millones de usuarios, de los cuales un 26% es de pago ⁵⁰⁹ . Los usuarios de SPOTIFY pueden acceder a un

⁵⁰⁶ Sin ánimo exhaustivo: 7digital, Beatport, Blinko (Buongiorno), Dada, Deezer, eMusic, Fnac, IbizaDanceClub.com, iTunes, Jamba, Last.fm, Los40.com, Magnatune, Media Markt, Movistar, MTV, MUZU.TV, Music Unlimited, MySpace, Nokia Music, Olemovil (Jet Multimedia), Orange, rara.com, Rockola.fm, Spotify, Tuenti, Vodafone, Yes.fm, Yoigo, YouTube, y Zune. Fuente *Digital Music Report 2012. Expanding Choice. Going Global*. Publicado por la IFPI. Pág. 30. Disponible en <http://www.ifpi.org/content/library/dmr2012.pdf>, (consultado por última vez el 18 de diciembre de 2012).

⁵⁰⁷ *Telefónica cierra Pixbox*, Diario El Mundo, 10 de mayo de 2011, Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/05/10/navegante/1305026052.html>, (consultado por última vez el 19 de diciembre de 2012).

⁵⁰⁸ Que no obstante ha tardado un tiempo considerable en dar beneficios; y que algunos consideran únicamente un soporte colateral para que APPLE despache al público su amplia gama de aparatos y soportes digitales. V. RESNIKOFF, PAUL, *The 13 Most Insidious, Pervasive Lies of the Modern Music Industry...*, Digital Music News, 25 de Septiembre de 2013, <http://www.digitalmusicnews.com/permalink/2013/09/25/lies>, (Consultado por última vez el 12 de octubre de 2013).

⁵⁰⁹ MÉNDEZ, MANUEL ANGEL, *Spotify prepara un ambicioso plan de expansión*, Diario El País, 17 de noviembre de 2012, disponible en <http://blogs.elpais.com/tecnologia/2012/11/spotify-prepara-ambicioso-plan-de-expansion.html>, (consultado por última vez el 19 de diciembre de 2012).

catálogo de obras musicales que cuenta con 20 millones de canciones ⁵¹⁰. SPOTIFY comenzó su andadura como un servicio gratuito, en que los usuarios podían escuchar música prácticamente de manera ilimitada. El servicio en estos primeros momentos se financiaba exclusivamente de la publicidad, y era el modelo esgrimido hasta la saciedad por los “tecnologistas”; modelo que según ellos demostraba fehacientemente que resultaba posible ofrecer música de forma gratuita los usuarios, y además obtener beneficios económicos al mismo tiempo. La situación varió en el momento en que SPOTIFY se planteó su entrada en el mercado norteamericano. El servicio restringió así drásticamente su versión gratuita, y ofreció una opción de pago, que ha de momento parece haber tenido un gran aceptación (a pesar de que los artistas obtienen una compensación irrisoria por la puesta a disposición de sus un obras ⁵¹¹). La deducción fundamental que podría hacerse del éxito de SPOTIFY ⁵¹², es que confirma que la tendencia en la explotación de obras musicales (de hecho, de todo tipo de obras de creación) va hacia un modelo de acceso ilimitado e ubicuo a las mismas por parte de los usuarios. En España SPOTIFY cuenta con 375.000 usuarios de pago; lo cual confirma que sí existe una oferta legal adecuada los usuarios españoles están dispuestos a cumplir con la Ley. Por supuesto, las características de la industria musical son completamente distintas a la de la audiovisual, o a las de la editorial. Los usuarios normalmente usan y disfrutan de una obra cinematográfica o literaria solamente una vez, mientras que un “fan” de un grupo musical puede escuchar sus canciones una y otra vez prácticamente de manera ilimitada. Es por esto, que la mayoría de los usuarios conservan las obras musicales, bien en su ordenador o en sus plataformas móviles, mientras que las obras cinematográficas o literarias normalmente se usan y disfrutan para posteriormente ser borradas.

⁵¹⁰ MÉNDEZ, MANUEL ANGEL, *Spotify: 5 millones de suscriptores, miles de artistas cabreados*, Diario El País, 7 de diciembre de 2012, disponible en <http://blogs.elpais.com/tecnologia/2012/12/spotify-5-millones-suscriptores-miles-artistas-cabreados.html>, (consultado por última vez el 5 de febrero de 2013).

⁵¹¹ 0.00966947678815 dólares por reproducción; es decir, algo menos de un céntimo. v. *How much does an artist make from a single stream of a song on iTunes Match and Spotify?*, Thenextweb.com, 3 de septiembre de 2012, disponible en <http://thenextweb.com/apple/2012/09/03/less-than-a-stinkin-cent/>, (consultado por última vez el 5 de febrero de 2013).

⁵¹² Éxito por otra parte relativo, puesto que no se sabe cuando comenzará a dar beneficios. V. RESNIKOFF, PAUL, *The 13 Most Insidious, Pervasive Lies of the Modern Music Industry...*, Digital Music News, 25 de Septiembre de 2013, <http://www.digitalmusicnews.com/permalink/2013/09/25/lies>, (Consultado por última vez el 12 de octubre de 2013).

En cuanto a las obras literarias, existen también opciones lícitas para el usuario, que van desde las librerías electrónicas (FNAC, LUARNA, LIBROS EN RED, AMAZON), a otros modelos que implican acceso a un catálogo, pero no descarga. El servicio en red 24SYMBOLS, que también funciona en España, apuesta por este modelo de negocio. *“Su funcionamiento se asemeja al de su modelo musical: libros en “streaming” alojados y leídos en la nube, sin mediar des carga, y accesibles previo pago de una suscripción. Basta abrirse una cuenta y acceder a un catálogo de 5.000 títulos de manera gratuita, pero con publicidad y ciertas limitaciones, o pagar una cuota de 5 euros/mes para disfrutar de un servicio de mayor calidad (más catálogo, sin publicidad y sin necesidad de conexión a Internet)”*⁵¹³.

En suma, aunque resulta obvio que en España a diferencia de otros países, ha tardado en desarrollarse una oferta legal apropiada, esta oferta existe hoy en día, y a pesar de las dificultades sigue creciendo de manera paulatina. Sin embargo, la razón por la que España es uno de los últimos países de nuestro entorno en la que se ha desarrollado un mercado aceptable de contenidos en la Red, no es otro que la competencia desleal que la rampante y omnipresente piratería ha significado para este mercado durante los últimos años. A pesar de que como veremos la llamada Ley “Sinde-Wert” resulta en la práctica inoperante, la mera aprobación de la misma ha significado el desarrollo de una oferta lícita significativa en el ámbito de Internet. No obstante, y como hemos visto las cifras de piratería en España siguen siendo muy superiores a las de otros países, lo cual ha significado que empresas como NETFLIX hayan descartado su entrada en el mercado español, y que hayan tenido que ser empresarios autóctonos, operando hasta el momento con pérdidas económicas, los que se hayan hecho cargo de rellenar este vacío. La experiencia de otros países como Estados Unidos, nos indica que el crecimiento y la asequibilidad económica de una oferta legal en el ámbito de la Red resultan inversamente proporcionales a la laxitud de las leyes protectoras del Derecho de Autor en un determinado país. Las cifras de piratería en España son inaceptables, inasumibles, y están lastrando de manera incontrovertible el desarrollo de un mercado legal de contenidos on-line. ¿Y por qué? Por cuenta de la falta de claridad legal en cuanto a la definición misma de piratería, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico contemplado en

⁵¹³ ARJONA, DANIEL, *Cómo dejar de temer a la piratería editorial*, Suplemento El Cultural del Diario El Mundo, 23 de marzo de 2012. Disponible en http://www.elcultural.es/version_papel/LETRAS/30761/Como_dejar_de_temer_a_la_pirateria_editorial, (consultado por última vez el 21 de diciembre de 2012).

su totalidad. De hecho, si en algo tienen razón DAVID BRAVO, JAVIER DE LA CUEVA, y CARLOS SÁNCHEZ ALMEIDA es que a diferencia de lo que sucede en otros países, la afirmación de que el intercambio de archivos en España es ilícito no resulta ni mucho menos axiomática. Veamos por qué...

2.3 **El importante contexto fáctico-normativo.**

La Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado.

Cuando hablábamos hace algunas páginas de los Informes “*Special 301*” veíamos que mencionaban constantemente la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Es más, los últimos Informes de la IIPA inciden en este punto. Así, el Informe de la IIPA para el año 2013 recomendaba como la primera de las medidas que el Gobierno debería tomar para revertir la caótica situación que acabamos de describir habría necesariamente de ser “*Corregir la Circular de Mayo de 2006 de la Fiscalía General del Estado que de manera efectiva descriminaliza las descargas realizadas a través de Redes P2P, y que continúa previniendo a las autoridades de perseguir judicialmente casos contra la piratería en Internet y contra la copia ilegal de programas de ordenador en sistemas informáticos*”⁵¹⁴. Y el mismo informe para el año 2014 señalaba expresamente que “*Las Instrucciones dirigidas al Ministerio Público emanadas del Fiscal General, y que descriminalizan la distribución ilícita de contenido a través de la redes P2P y que niegan que la piratería realizada por los usuarios finales a nivel profesional cualifica para ser perseguido penalmente, ha resultado en el cese total de acciones penales represivas contra el intercambio de archivos y han eliminado la posibilidad de perseguir a las empresas que se hallen utilizando programas de ordenador no licenciados [por parte del titular de derechos de explotación sobre ellas]*”⁵¹⁵. Visto lo visto, uno cabría preguntarse el porqué de tanta animosidad en contra de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Intentemos explicarlo.

⁵¹⁴ “Correct the Attorney General’s May 2006 Circular that effectively decriminalizes infringing downloads over peer-to-peer (P2P) networks, and that continues to prevent authorities from pursuing cases against Internet piracy and against the illegal copying of software on user computer systems.” International Intellectual Property Alliance (IIPA) 2013 *Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement*. Pág 1. Disponible en <http://www.iipa.com/rbc/2013/2013SPEC301SPAIN.PDF>. (Consultado por última vez el 13 de mayo de 2014) (Traducción del autor).

⁵¹⁵ “instructions to prosecutors issued by the Attorney General, decriminalizing infringing distributions of content by P2P networks and denying that enterprise end-user software piracy meets the standard for criminal prosecution, have resulted in a cessation of criminal enforcement actions against illegal file sharing and have eliminated the possibility

El germen de la Circular 1/2006 brotó el día 8 de Abril del año 2005, en que el Gobierno de España, reunido en Consejo de Ministros, sin duda presionado tanto desde el interior como desde el exterior de nuestras fronteras, aprobó el Plan Integral para la Disminución y la Eliminación de las Actividades Vulneradoras de la Propiedad Intelectual (de aquí en adelante, “Plan 2005”). Según el Gobierno, el Plan 2005 respondía a la preocupación del Gobierno frente a los “*efectos devastadores de la piratería desde el punto de vista cultural, económico y social*”⁵¹⁶, y su objetivo era “*poner en funcionamiento una serie de medidas conducentes a la eliminación de las conductas que atentan a la propiedad intelectual y a los derechos de los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual*”⁵¹⁷. El Plan proponía una serie de medidas bienintencionadas, en diversos ámbitos⁵¹⁸, que iban desde la concienciación de los ciudadanos mediante campañas educativas, la creación de órganos jurisdiccionales especializados en el Derecho de Autor, además de otras que no llegaron a fructificar.

La más importante de las medidas del Plan 2005 que sí llegó a su plena fructificación resultó ser la instrucción dada por el Gobierno al Fiscal General del Estado para que dictara asimismo instrucciones a los integrantes del Ministerio Público con el objeto de unificar criterios en el tratamiento de los delitos contra la propiedad intelectual⁵¹⁹. Consecuencia directa de esta instrucción fue la elaboración de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, de vital importancia, ya que de acuerdo al principio de jerarquía de los órganos administrativos, es de obligado cumplimiento por parte de los fiscales españoles. La propia Circular 1/2006 señala dos hechos normativos fundamentales para su promulgación⁵²⁰, como son la “*Ley Orgánica 15/2003,*

of prosecuting enterprises that are using unlicensed software”. *International Intellectual Property Alliance (IIPA) 2014 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement*. Pág. 8. Disponible en <http://www.iipa.com/rbc/2014/2014SPEC301SPAIN.PDF>. (Consultado por última vez el 13 de mayo de 2014) (Traducción del autor).

⁵¹⁶ Nota de Prensa del Ministerio de Cultura del Reino de España. 8 de Abril de 2005.

⁵¹⁷ *Plan Integral para la Disminución y la Eliminación de las Actividades Vulneradoras de la Propiedad Intelectual* (de aquí en adelante: “Plan 2005”). Pág. 6. Objetivo del Plan.

⁵¹⁸ Implicaba a 12 ministerios: Presidencia, Economía y Hacienda, Trabajo y Asuntos Sociales, Justicia, Interior, Educación y Ciencia, Industria, Turismo y Comercio, Sanidad y Consumo, Asuntos Exteriores, Administraciones Públicas y Cultura.

⁵¹⁹ Ídem. Pág. 30.

⁵²⁰ Y se utiliza en este trabajo la palabra “promulgación” con conocimiento de causa, pues la Circular 1/2006 tiene, a pesar de tratarse en puridad de un acto administrativo, sin duda tiene carácter normativo, y en este sentido (como interpretación con valor normativo de la Ley) se cita a menudo, bien directa o indirectamente (sobre todo en lo relativo a su tratamiento del elemento subjetivo del tipo relativo al ánimo de lucro en el acusado) por la Jurisprudencia como fuente primaria de derecho, y a menudo como motivación última esencial en cuanto al resultado y sentido final de las sentencias (absolutorio o condenatorio). Sin ir más lejos, en el caso sobre “*elrincondejesus.com*” el sentido que la

*de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal (de aquí en adelante LO 15/2003) ha supuesto en la configuración de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los cuales se han transformado de delitos semipúblicos, sujetos al régimen de denuncia previa del ofendido, en delitos públicos perseguibles de oficio”*⁵²¹, que obliga a los miembros del Ministerio Público a realizar actuaciones de oficio en este tipo de procesos; además del propio Plan 2005⁵²².

La Circular 1/2006 señala además de manera expresa (y uso el presente porque no existe a día de hoy otra instrucción posterior del órgano rector del Ministerio Público sobre esta materia que la revoque) que en el ámbito de protección penal de los derechos de autor, el tipo penal se ha de integrar con la LPI⁵²³, de la misma manera que la norma penal sobre hurto se integra con las normas civiles que definen la propiedad real (el CC). Prescribe la Circular 1/2006 que: “*se configuran como tipos con importantes elementos normativos que deben ser integrados acudiendo a la legislación de naturaleza civil-mercantil, reguladora específica de la materia, y en este caso especialmente al R.D Legislativo 1/96, de 12 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, así como a la normativa comunitaria existente sobre la misma, para poder delimitar las conductas que el tipo penal sanciona como delito, los sujetos pasivos titulares de los derechos vulnerados, y la concurrencia del requisito de la falta de autorización de los mismos respecto de las conductas de explotación realizadas por el autor o autores del delito*”⁵²⁴. Es decir, que para conocer lo que sea un delito de reproducción no autorizada de una obra protegida por el Derecho de Autor, habrá que remitirse a la LPI para conocer previamente lo que sea la definición legal y el ámbito de actuación del derecho de reproducción⁵²⁵. Por tanto, las

Circular 1/2006 da al elemento del ánimo de lucro, es esencial (y se trata de una sentencia del Orden Jurisdiccional Mercantil).

⁵²¹ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Pág. 2. Introducción.

⁵²² “*La presente Circular sirve también para hacer efectiva la previsión contenida en las Medidas Normativas del Plan Integral del Gobierno para la disminución y eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual aprobado el 8 de abril de 2005. En el citado “Plan Antipiratería” se contempla dentro del citado capítulo de Medidas Normativas, la posibilidad de sugerir a la Fiscalía General del Estado el que, conforme a sus normas estatutarias, se establezcan los criterios unitarios de interpretación y actuación del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas delictivas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual, como una de las acciones necesarias para lograr los objetivos del Plan*”. Ídem. Pág. 3.

⁵²³ No olvidemos que el Ministerio Público actúa en el ámbito penal.

⁵²⁴ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Pág. 10.

⁵²⁵ Por ejemplo, el Tribunal supremo, en su Sentencia 876/2001, señala que “*El artículo 270 del Código Penal no constituye un tipo penal en blanco, sino un complejo punitivo integrado por variados elementos normativos que es necesario precisar, en cada caso, acudiendo al auxilio de los técnicos y de los diversos preceptos que regulan, en el campo civil y administrativo, la Propiedad Intelectual y del derecho de las comunicaciones. Resulta indiferente a efectos clasificatorios, el debate sobre la verdadera nomenclatura y naturaleza del tipo penal que ha sido aplicado.*”

regulaciones de derecho público y de derecho privado sobre las acciones contra la propiedad intelectual en España están fuertemente interrelacionadas, y es necesario acudir a la LPI para definir los derechos cuya violación se encuentra tipificada en el Artículo 270 del Código Penal.

Una vez recordado que el tipo penal ha de integrarse con la LPI, la Circular 1/2006 pasa a tocar un punto crucial: el que se refiere al tipo de ánimo de lucro exigible en el infractor penal, y es aquí precisamente donde entra el liza el límite de copia privada, desde mi punto de vista, de una manera crucial, ya que la interpretación que se hace de la misma por parte de la Fiscalía General del Estado contamina todo el sistema legislativo español en materia de Derecho de Autor.

La Circular 1/2006 señala que la novedad más reseñable de la LO 10/1995⁵²⁶ en cuanto al tratamiento de los delitos contra la propiedad intelectual es *“la exigencia de obrar con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”*⁵²⁷. Así pues, esta reforma introdujo este elemento subjetivo en el tipo básico del artículo 270.1 del Código Penal⁵²⁸, ya que con anterioridad a ella sólo se consideraba como una circunstancia agravante⁵²⁹. Para la Circular 1/2006, *“la exigencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro, excluye del ámbito de la represión penal las conductas en las que dicho ánimo no concurra”*⁵³⁰. Y es aquí donde la Fiscalía General del Estado, pone en tela de juicio en su Circular 1/2006 que algunas acciones infractoras del Derecho de Autor en la Red sean subsumibles en el tipo básico del artículo 270.1 del Código Penal. La Circular expresamente menciona que *“Nos referimos a los generalizadas prácticas de “bajar de la Red”*

El artículo 270 del Código Penal, que regula los delitos contra la propiedad intelectual, recoge en su texto cuatro conductas básicas que se integran respectivamente por: la reproducción, el plagio, la distribución y la comunicación pública de las obras. De estas cuatro conductas, la que corresponde al acusado, es la de la reproducción pública de obras protegidas por el derecho a la propiedad intelectual, sin el consentimiento o la autorización de sus titulares. Dadas las diversas opciones tecnológicas existentes para conseguir la comunicación pública, debemos acudir al artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/96 de 12 de Abril, que nos perfila con más precisión el concepto de comunicación pública”.

⁵²⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (la llamada popularmente “Ley Belloch”, en atención a Juan Alberto Belloch, Ministro de Justicia e Interior en el momento de su promulgación).

⁵²⁷ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Pág. 12.

⁵²⁸ *“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.* Artículo 270.1. Párrafo 1º de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵²⁹ Según la propia Circular 1/2006 *“La exigencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro no era recogida por el tipo básico del artículo 534 bis a), siendo la concurrencia de este ánimo una circunstancia de agravación contemplada en el artículo 534 bis b) 1 apartado a)”.* Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Pág. 12.

⁵³⁰ Ídem.

*obras musicales o audiovisuales, o a los supuestos en que se comparten ficheros dispersos en los ordenadores de los múltiples usuarios interconectados (sistema P2P o Peer to Peer)”*⁵³¹, y que hay que analizar si en estas prácticas “*cabe apreciar la concurrencia del elemento subjetivo de ánimo de lucro*”⁵³².

Para la Circular 1/2006 existen tres tipos de responsables penales en potencia por la realización de actos de intercambio no autorizado de archivos que contengan obras protegidas por el Derecho de Autor, tanto a través de sistemas informáticos de descarga directa, como a través de redes P2P:

- a. “Los que colocan en un sitio de la Red las obras musicales o audiovisuales, que luego se bajan los usuarios sin contraprestación dineraria”^{533 534}.

Aquí se podrían encuadrar los siguientes sujetos:

- Las personas físicas o jurídicas propietarias de sitios web, que ponen a disposición sin autorización, o que ofrecen herramientas que representan la “*conditio sine qua non*” para que se pongan a disposición sin autorización, o que contribuyan de manera sustancial a estos efectos, siendo diseñadas principalmente para tal fin, obras protegidas por el Derecho de Autor en dichos sitios web, con el objeto de que sean descargadas, usadas y disfrutadas directamente por los usuarios⁵³⁵. Es decir, los que ofrecen servicios P2P, o webs de almacenamiento.
- Las personas físicas o administradores de personas jurídicas propietarias de sitios web, que ofrecen enlaces desde ellas a copias ilícitas de obras que existan en las redes P2P o webs de almacenamiento mencionadas en el punto anterior, y que realizan una labor de ordenación de tales enlaces, aunque en principio no ponen a disposición o “colocan” en puridad estas obras en la Red (aunque como hemos visto en la realidad frecuentemente lo

⁵³¹ Ídem. Pág. 32.

⁵³² Ídem. Pág. 32.

⁵³³ Ídem.

⁵³⁴ O, siendo un poco más cuidadoso con las fórmulas jurídicas: Los que comunican, en su modalidad de puesta a disposición, en un sitio de la Red sin autorización obras protegidas por el Derecho de Autor, que luego reproducen de manera asimismo no autorizada los usuarios, y sin recibir por ello una contraprestación dineraria

⁵³⁵ Descargas con carácter más o menos permanente en el disco duro del ordenador del usuario, o descargas transitorias para el uso y disfrute de los abonados vía “*streaming*”, que como veremos se equiparan a las anteriores, principalmente por su significación económica independiente

hacen), por lo que en principio no estarían encuadradas en esta enumeración, siendo necesaria una norma jurídica independiente que decrete la licitud de esta actividad.

- Las personas físicas, usuarias de redes P2P que comparten voluntariamente a través de las redes P2P o webs de almacenamiento, de manera no autorizada, obras sujetas al Derecho de Autor.
- Y quizá también las personas usuarios de redes P2P que debido a la arquitectura de dichas redes, se ven obligadas a ser a la vez fuente y destino de descarga de una parte de la obra, mientras no finalice su descarga, y retiren expresamente del tráfico de la red P2P dicha obra.

b. *“Los usuarios que acceden a los sitios Web y se “bajan” las referidas obras sin contraprestación”* ^{536 537} .

Aquí se encuadrarían los usuarios de las redes P2P, sujetos activos de los actos de reproducción no autorizada. Es decir Pepe que “se baja” una película de EMULE. Es decir, los usuarios destinatarios finales de las obras descargadas, que no ponen a disposición del público ninguna obra, sino que digamos que “son el público”.

c. *“Los servidores bajo cuya responsabilidad están las páginas en las que se encuentran las obras”* ⁵³⁸ .

Aquí hablamos de las empresas de telecomunicaciones que proveen a los usuarios de conexiones a la Red, y los servidores que suministran el espacio en que se alojan las webs.

Puesto que como hemos visto anteriormente, la LPI resulta fundamental para la delimitación e integración del tipo penal, la Circular procede a incardinar los tres tipos de conductas que acabamos de clasificar y enumerar en esta Ley. Así, *“en la regulación vigente de la LPI, la actividad de colgar en Internet obras protegidas o de utilizar sistemas de intercambio de archivos,*

⁵³⁶ Ídem.

⁵³⁷ Es decir, los usuarios que reproducen de manera no autorizada obras sujetas al Derecho de Autor desde redes P2P o webs de almacenamiento.

⁵³⁸ Ídem.

*para la obtención de dichas obras, puede considerarse incardinada en el concepto amplio del derecho exclusivo de comunicación pública que se establece en el art. 20 de la LPI, el cual está sujeto a autorización de los titulares”*⁵³⁹. Entonces, el derecho de explotación vulnerado por los que cuelgan, ofrecen, o enlazan a obras de manera ilícita en la Red es el derecho de comunicación pública reconocido en el artículo 20.1 de la LPI⁵⁴⁰, en su modalidad de *“puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*⁵⁴¹.

Pues bien, como hemos mencionado anteriormente, para que estos actos de comunicación resulten subsumibles en el tipo penal necesitaríamos desde la “Ley Belloch” dos elementos subjetivos adicionales: (a) el ánimo de lucro, y (b) el obrar en perjuicio de tercero. El ánimo de lucro suponía según jurisprudencia reiterada del TS, no sólo la obtención de un beneficio económico con la conducta antijurídica llevada a cabo, sino también cualquier ventaja, provecho o aprovechamiento que se pretendiere obtener; incluso los meramente contemplativos. En este sentido existía una extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo, seguida por diversas Audiencias Provinciales, y por ello la siguiente definición del *“animus lucrandi”* se puede encontrar en varias Sentencias del Tribunal Supremo; como por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo:

- *“Cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, de los bienes cuya apropiación pretendía, incluso los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, no importando, ni el modo de materialización de su propósito lucrativo, ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente...Por lo que basta y sobra para entender que concurre el ánimo de lucro, con la sola intención de obtener un beneficio económico”*⁵⁴².

⁵³⁹ Ídem.

⁵⁴⁰ Artículo 20.1 LPI *“Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”*.

⁵⁴¹ Artículo 20.2. i) de la LPI.

⁵⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1989, EDJ 1989/4257.

- “...consistente [el ánimo de lucro] en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial (extendida en ocasiones a los beneficios meramente contemplativos), que viene a ser contrapartida del perjuicio provocado” ⁵⁴³ .
- “Lucro...cualquier ventaja, provecho o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta, incluso hecha de los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, incluso aunque el beneficio buscado no llegue a alcanzarse...” ⁵⁴⁴ .
- “Consistiendo este “Ánimo de Lucro” en la intención de obtener un enriquecimiento patrimonial que la doctrina jurisprudencial ha extendido a los beneficios meramente contemplativos” ⁵⁴⁵ .
- “El ánimo de Lucro inherente al delito de robo, no consistiendo sólo en un mero beneficio monetario o económico, sino cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio perseguido por el agente, incluso los meramente contemplativos o con fines benéficos” ⁵⁴⁶ .

Por tanto, existía una jurisprudencia largamente consolidada sobre lo que fuera el ánimo de lucro; jurisprudencia que provocaría que al menos dos de las tres conductas descritas en la Circular 1/2006 referentes a la descarga no autorizada de archivos que contuvieren obras protegidas por el Derecho de Autor a través de las redes P2P, más concretamente las dos primeras, fueran en principio (y ausentes otras circunstancias exculpatorias) directamente subsumibles en el tipo penal.

No obstante, en la Circular 1/2006, la Fiscalía general del Estado se aparta completamente de esta jurisprudencia reiterada sobre el ánimo de lucro en el ámbito del Derecho de Autor:

“En este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. Debe

⁵⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, EDJ 1993/10733.

⁵⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1997, EDJ 1997/9938

⁵⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1998, EDJ 1998/643.

⁵⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999, EDJ 1999/26209.

*tenerse en cuenta que la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales o de propiedad hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la que el TS tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio”*⁵⁴⁷.

En apoyo de esta interpretación la Circular 1/2006 cita dos casos del Tribunal Supremo en que “*se contemplan respectivamente casos en los que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial*”⁵⁴⁸, aunque en ninguno de ellos el elemento del ánimo de lucro era el problema o asunto central objeto de disputa⁵⁴⁹. Es cierto, no obstante, que en ambos casos, los acusados actuaron con ánimo de lucro comercial, y por tanto estos no van contra la nueva doctrina sobre el ánimo de lucro que propone la Fiscalía General del Estado, tampoco la apoyan, puesto que el ánimo de lucro no se discute en ellos, y su inclusión en la Circular 1/2006 por tanto resulta, a mi modo de ver, bastante artificial.

La Circular 1/2006 apela posteriormente a la “Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12-7-2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual”⁵⁵⁰, para sustentar su definición “*comercial*” sobre lo que sea el ánimo de lucro en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual. La Circular señala que en el Artículo 3 de esta Propuesta se contemplaba “*la consideración por los Estados miembros como delito de “todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial”*”⁵⁵¹. Lamentablemente para el argumento esgrimido por la Fiscalía, esta Propuesta de Directiva, que de haberse concretado hubiera venido a complementar la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de

⁵⁴⁷ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Pág. 35.

⁵⁴⁸ Ídem. Pág. 36.

⁵⁴⁹ En la STS de la Sala 2ª 876/2001 de 19 de mayo, el acusado administraba un sistema de transmisión por cable (o “video comunitario”) a través del cual transmitía a sus abonados (más de setecientos) ocho canales de televisión sin autorización (incluida la cadena de pago Canal Plus), además de un número de películas que alquilaba y transmitía asimismo de manera ilícita, y por la que cobraba a estos una cuota mensual. En el Motivo 2º del Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, el acusado negó, entre otras cosas, haber actuado con ánimo de lucro; pero el Tribunal supremo, no entro a valorar este extremo, sino que se centró en que la conducta del acusado se podía subsumir en una vulneración del derecho de Comunicación Pública del Artículo 20 del TRLPI. En la STS de la Sala 2ª 1578/2002 de 2 de octubre, en que la acusada administraba una red de video comunitario en un pueblo de Murcia, por la que transmitía obras audiovisuales sin autorización (como por ejemplo la película “El lobo”, a cuyo productor hubo de indemnizar), el Tribunal supremo trató exclusivamente de los motivos de carácter procesal que motivaron el Recurso de Casación.

⁵⁵⁰ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Pág. 36.

⁵⁵¹ Ídem.

propiedad intelectual, a septiembre de 2012, no se ha materializado en una Directiva del Parlamento y el Consejo sobre el asunto, y no parece haber señales indicativas de que lo vaya a hacer en un futuro inmediato; pero incluso en caso de que la haga, el que defina el ánimo de lucro de tal manera es discutible en el ámbito del Derecho de Autor ⁵⁵².

Además, la Circular esboza otro argumento a favor de la nueva configuración del elemento penal del ánimo de lucro, basado en las dos formas de clasificación que se hacen sobre los derechos de propiedad intelectual e industrial. En España, se distingue tradicionalmente ⁵⁵³ entre la propiedad industrial (que comprendería los derechos sobre patentes, marcas comerciales y signos distintivos, diseños y modelos industriales, etc.), y la propiedad intelectual (Derecho de Autor y derechos conexos). En la tradición anglosajona todos estos derechos se aglutinan bajo el concepto genérico “propiedad intelectual” (o “*intellectual property*”). Existen diferentes tratados internacionales sectoriales sobre la propiedad intelectual e industrial ⁵⁵⁴, que desde su creación en 1967 son administrados por un organismo de la Organización de Naciones Unidas: la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). La Organización Mundial de Comercio (OMC), de la que España es miembro, incorporó esos Tratados cuando se firmó en su seno el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que trata efectivamente sobre el desarrollo de derechos de propiedad intelectual e industrial, aunque de manera distinta, puesto que cada derecho obviamente es en sí mismo singular, y con características diferentes a los demás. La Unión Europea, también trata temas tan diversos y diferentes entre sí como el Derecho de Autor, el derecho de patentes y el derecho sobre marcas comerciales bajo la denominación común de “propiedad intelectual” ⁵⁵⁵; aunque esta circunstancia no dignifica el argumento a favor de la nueva definición del ánimo de lucro contenido en la Circular 1/2006; que no es otro que el siguiente:

⁵⁵² La tendencia internacional es a expandir la definición de ánimo de lucro, o incluso a eliminar este elemento del tipo penal, como en EE.UU.

⁵⁵³ Debido a la fuerte influencia de la tradición legislativa francesa.

⁵⁵⁴ Por ejemplo el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886 (y actualizado en numerosas ocasiones, la última vez en el año 1979); el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883 (también actualizado varias veces, la última en 1979); y la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, firmada en 1961.

⁵⁵⁵ Pues todos ellos tienen la característica común de que emanan de creaciones de la mente humana.

*“Por otro lado, si tenemos en cuenta que en el marco del derecho comunitario con el que debe estar armonizada nuestra legislación interna, la materia de derechos de propiedad intelectual e industrial tiene un tratamiento unitario y uniforme, no parece responder a un régimen de protección penal equivalente, el que se exija que tratándose de derechos de propiedad intelectual el elemento subjetivo del ánimo de lucro, pueda ser integrado por cualquier tipo de ventaja o beneficio particular, y en el caso de derechos contra la propiedad industrial, el elemento subjetivo sea exclusivamente el de un de lucro comercial o industrial”*⁵⁵⁶.

Lo cual es falso en varios niveles; puesto que ni en la Legislación de la UE los derechos propiedad intelectual y los derechos de propiedad industrial tienen un tratamiento unitario e uniforme, como no puede ser de otra manera debido a las especificidades evidentes de cada propiedad en cuanto a su objeto de derecho, y en cuanto al bien jurídico protegido⁵⁵⁷, lo que causa que, por ejemplo, su plazo de protección sea distinto⁵⁵⁸, etc. Pero es que ni aunque tuvieran este trato unitario e uniforme esta circunstancia obligaría al legislador español, salvo que las normas emanadas de la UE le obligaran a ello, cosa que no ocurre de manera general, ni de manera específica en lo tocante a cómo se deba interpretar el elemento del ánimo de lucro en el tratamiento penal del Derecho de Autor. Desde luego, tiene todo el sentido exigir el ánimo de lucro “comercial” en el caso del derecho de las marcas comerciales, ya que sus normas van dirigidas especialmente a los actores del mercado, pero no en el ámbito del Derecho de Autor, que, aunque tenga una vertiente industrial, también regula conductas estrictamente privadas.

Volviendo a la Circular 1/2006, la consecuencia de esta nueva interpretación “comercial” del ánimo de lucro para los sujetos pertenecientes al primer grupo⁵⁵⁹ será la siguiente: *“En cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada*

⁵⁵⁶ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Pág. 36.

⁵⁵⁷ La autoría en el Derecho de Autor, la posibilidad de confusión de los consumidores, y la prevención de actos de competencia desleal en el mercado de en el caso de las marcas comerciales.

⁵⁵⁸ Por ejemplo: 70 años tras la muerte del autor para la mayoría de los derechos de autor, 30 años para las patentes, y periodos renovables “ad infinitum” de 10 años en el caso de las marcas comerciales.

⁵⁵⁹ “Los que colocan en un sitio de la Red las obras musicales o audiovisuales, que luego se bajan los usuarios sin contraprestación dineraria”.

*ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil”*⁵⁶⁰ .

Por tanto, la Circular señala que si cualquiera de los posibles actores citados y especificados con anterioridad pusiere de manera no autorizada a disposición de los usuarios en la Red archivos que contuviesen obras sujetas al Derecho de Autor, el elemento de ánimo de lucro “*comercial*”, tal como lo define la Circular, ha de estar presente para que el Ministerio Público realice un acto de acusación. Es más, esta exigencia de ánimo de lucro comercial se encuentra reforzada de manera implícita por la exigencia de que “*no está acreditada ninguna contraprestación para él [para el infractor]*”; que se puede leer sin dificultad como excluyente de los supuestos en que el ánimo de lucro “*comercial*” resulte ser indirecto (por ejemplo, ingresos por publicidad en la web del infractor) No obstante, estas conductas realizadas sin ánimo de lucro, de acuerdo a la Circular, si pueden ser perseguidas “*como ilícito civil*”. Consecuentemente, dado el carácter de fuente de derecho de la Circular 1/2006, incluso en el ámbito civil, los tribunales españoles rara vez encuentran la existencia de “*ánimo de lucro comercial*” en conductas que en claramente lo tienen, como por ejemplo, la percepción de ingresos por publicidad en páginas web de enlace.

Sin embargo, es la parte en la que la Circular 1/2006 se refiere a la conducta de los usuarios que reproducen de manera no autorizada obras sujetas al Derecho de Autor en la Red la que ha generado un mayor “*desorden conceptual*” en España con respecto del límite de copia privada en particular, y a la fuerza efectiva del Derecho de Autor en general; “*desorden conceptual*” que incluye no solo a los ciudadanos, sino a parte del poder judicial, y que es al que se refería reiteradamente el informe “*Special 301*”. ¿Qué se dice entonces en la Circular 1 /2006 para que defendamos que resulta tan nociva? Lo siguiente:

*“Respecto del usuario que “baja o se descarga de la Red” una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica”*⁵⁶¹ .

⁵⁶⁰ Ídem.

⁵⁶¹ Ídem. Pág. 34.

De manera inaudita entonces, la Fiscalía General del Estado, persiguiendo el fin legítimo y hasta comprensible consistente en excluir a los usuarios que reprodujeran sin autorización obras sujetas al Derecho de Autor en la Red fuera del ámbito penal, fundamenta jurídicamente su objetivo aseverando que tales actos de reproducción, cuando sean producto de “*un acto de comunicación no autorizado realizado por otro*” son subsumibles en el ámbito de actuación del límite legal de copia privada al derecho de reproducción. La consecuencia de esta inédita utilización del límite de copia privada entonces, ha de ser necesariamente que, siendo el límite de copia privada una limitación al derecho de reproducción de los autores consignado en el artículo 31.2 de la LPI, si consideramos que los actos de descarga de los usuarios son actos de copia privada, entonces no sólo no nos encontramos ante una conducta penalmente atípica, sino también ante una conducta civilmente atípica: es decir ante una conducta lícita.

¿Por qué es esto una aberración jurídica? Por muchos motivos. Aunque en este caso no se menciona expresamente que estas acciones puedan ser objeto de un ilícito civil (aunque también es cierto que tampoco se descarta de manera explícita), lo cierto es que (reiteró este punto debido al su extrema importancia) la consecuencia inexorable en términos de lógica y técnica jurídica de afirmar que los actos de reproducción no autorizada (de descarga) de obras a través de redes P2P, incluso cuando su fuente es manifiestamente ilícita (un acto de comunicación no autorizada) sean subsumibles en el límite de copia privada, no es sólo afirmar que estos actos no están sujetos a responsabilidad penal, sino también afirmar que estos actos tampoco están sujetos a responsabilidad civil, lo cual atenta expresa y directamente tanto contra la letra como contra el espíritu de la LPI. ¿Por qué? Veamos que dice el artículo 31.2 de la LPI, que regula el límite de copia privada:

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador”.

Es decir, que la Circular 1/2006 a) elimina directamente el elemento de acceso legal, convirtiendo en acceso legal lo que a todas luces es un acceso ilícito y viciado según la letra y el espíritu de la Ley, y que dejaría estos actos fuera del límite de copia privada bajo cualquier interpretación coherente desde el punto de vista jurídico; y b) habilita lógicamente a quienes defendían que el canon digital no es sino una “*tasa compensatoria de la piratería*”; puesto que, si la reproducción no autorizada de obras sujetas al Derecho de Autor equivale a la realización de una copia privada, entonces los titulares del derecho de reproducción sobre tal obra habrán de ser necesariamente compensados equitativamente por la realización de tal copia privada, puesto que la compensación equitativa es de manera prescriptiva un elemento indisoluble a la realización de copias privadas al amparo del límite legal, tanto bajo la LPI como bajo la Legislación Comunitaria (la DDASI).

La Circular en realidad parte de la visión teórica-doctrinal “revisionista” ya expuesta con anterioridad a su nombramiento como Fiscal General del Estado por CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en el sentido de que CONDE-PUMPIDO ya había publicado artículos doctrinales defendiendo y argumentando que la copia privada no era un límite a los derechos de los autores, sino un derecho de los consumidores o usuarios ⁵⁶². Así, si la copia privada fuera un derecho de los consumidores, entonces estaríamos hablando o de un acto directamente excluido del ámbito de actuación del derecho de reproducción del artículo 18 de la LPI, o de una excepción a este derecho, pero nunca de un límite legal al mismo. La mejor doctrina, como por ejemplo HUGENHOLTZ ⁵⁶³, no es partidaria de la utilización del término excepción como sinónimo de las limitaciones a los derechos de explotación de los autores sobre su obra, y particularmente para denominar al límite de copia privada; puesto que en puridad jurídica los límites no constituyen excepciones a una regla ya que, aunque los límites puedan ser instrumentos jurídicos esenciales para delimitar los contornos del Derecho de Autor y para preservar el balance entre los intereses particulares de los autores y los intereses generales de la sociedad, los límites ni otorgan derecho alguno a los usuarios, ni derivan de ningún derecho subjetivo de los usuarios, sino que más bien

⁵⁶² CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, «Los derechos especiales: El derecho de participación de los artistas en la reventa de sus obras y la remuneración compensatoria por copia privada», en *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo general del Poder Judicial, 1ª ed., Madrid, 1995, pág. 95. Referenciado en GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 268, cita nº 1236.

⁵⁶³ HUGENHOLTZ, BERNT, «Fierce Creatures Copyright Exemptions Towards Extinction» *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, IFLA/IMPRIMATUR, Conference, Amsterdam, 1997. Pág. 4.

definen la extensión del ámbito de actuación del Derecho de Autor por razones de oportunidad o de imposibilidad fáctica en el ejercicio de un derecho de explotación.

Sin embargo, “*los creadores de contenidos protegidos por la propiedad intelectual son titulares de un derecho, mientras que los usuarios de los mismos son beneficiarios de un límite*”⁵⁶⁴. La diferencia práctica entre ambos conceptos jurídicos la explica CASAS VALLÉS: “*La LPI española, por lo general habla de límites para referirse a lo que internacionalmente se denomina como excepciones y limitaciones. En la doctrina estos dos términos son de uso corriente, empleándose el primero («excepciones») para aquellos casos en los que el titular carece de la facultad de autorizar o prohibir y tampoco percibe remuneración alguna; y el segundo («limitaciones») para aquellos otros en que, faltando la expresada facultad al menos si hay remuneración. No obstante, también es muy común que –por comodidad y para simplificar- se use el término «excepciones» para el conjunto de «excepciones y limitaciones», es decir, como sinónimo del término «límites» utilizado en la Ley española*”⁵⁶⁵.

Por tanto, la consecuencia fundamental de la Circular 1/2006 fue sacralizar la imposición “desde arriba” de una lectura revisionista de algunos de los preceptos más importantes contenidos en la LPI; imposición que contradecía frontal y radicalmente tanto la literalidad del texto legal sobre Derecho de Autor, como su construcción sistemática; puesto que en la LPI (al igual que la DDASI) la copia privada se trata claramente como un límite al derecho de reproducción, que por tanto requiere una correlativa compensación equitativa a los titulares del derecho que este limita. Por tanto, si el límite de copia privada es un límite a un derecho, entonces no puede ser un derecho de los consumidores, ni de los usuarios, ni de los ciudadanos, ni de las personas. Además, si el límite de copia privada fuera un derecho, sería necesaria y legalmente objeto de una interpretación expansiva en su aplicación por los tribunales y poderes públicos; pero como es un límite a un derecho, ha de interpretarse necesariamente de manera restrictiva, existiendo incluso una norma legal para el examen de la validez de su aplicación de hecho (presente tanto en el Derecho Español

⁵⁶⁴ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 4.

⁵⁶⁵ CASAS VALLÉS, RAMÓN, (ponente), *Borrador de respuesta al cuestionario ALAI 2003*, junio 2003, pp.1. Referenciado en GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, pp. 103.

como en la Normativa Comunitaria): la llamada “regla de los tres pasos” (sobre la cual abundaremos más adelante).

Aunque no deja de resultar técnicamente cierto que la Circular 1/2006 es meramente un acto administrativo porque a efectos técnicos jurídicos se trata de una instrucción (aunque mandatoria y sujeta a sanciones en caso de incumplimiento por los miembros del Ministerio Público) realizada por su órgano superior jerárquico a los fiscales españoles para que estos se abstengan de procesar a los usuarios que se descarguen obras de redes P2P, a efectos prácticos constituye una interpretación auténtica del límite de copia privada que desvirtúa este completamente. Esta última afirmación queda demostrada por el análisis que realizaremos en el punto inmediatamente siguiente de este trabajo, ya que un extenso número de Tribunales del Orden Jurídico Penal, especialmente las Audiencias Provinciales en segunda instancia, han citado expresamente la Circular para fundamentar jurídicamente sus sentencias absolutorias; e incluso en el orden jurídico civil se ha llegado a sostener que el acto de descargar una copia de una obra sin autorización del titular de su derecho de reproducción desde una red P2P es un acto lícito por el límite de copia privada. Además, se envía un mensaje que se ha demostrado extremadamente pernicioso a la ciudadanía; verbigracia: que descargarse o acceder a obras de manera no autorizada en la Red es lícito (y si es lícito, entonces es ético). Me resisto a creer que la Fiscalía General del Estado del Reino de España carezca de los conocimientos jurídicos necesarios para aprehender el concepto del límite de copia privada al derecho de reproducción de los autores sobre sus obras, con lo que deductivamente sólo me puedo quedar con dos explicaciones coherentes: a) o la Circular 1/2006 es un ataque premeditado en la línea de flotación del derecho de propiedad intelectual tradicional; o b) la Fiscalía General del Estado no calculó las consecuencias de tal aberración jurídica, lo cual resulta a mi parecer improbable, ya que a octubre de 2013, la Circular ni ha sido revocada, ni tiene visos de que lo sea en un futuro inmediato. Existe no obstante una tercera explicación plausible, la cual creo ya he mencionado en este trabajo: la Circular 1/2006 representa sólo una parte de un experimento más amplio en materia de propiedad intelectual que se ha practicado en España. Este experimento consistió en permitir a los usuarios la descarga indiscriminada de contenidos, compensando los autores por medio de un canon digital asimismo de repercusión final indiscriminada, y articulada la recaudación del mismo por medio de las sociedades de gestión. Así que en este sentido el canon sí que resultaba ser una tasa que gravaba la piratería. El problema es que mientras se ha eliminado el canon digital, la descarga de archivos en la Red continúa de hecho

siendo lícita, mientras que los titulares de derechos de autor han perdido “*de facto*” su compensación económica por ser víctimas de la piratería digital.

Además, continuando con nuestra disección de la Circular 1/2006, esta significa de facto la abolición del requisito o elemento de “*acceso legal*” que se contiene en el artículo 31.2 de la LPI, puesto que al acto objetivo que se permite es el del usuario que “*baja o se descarga de la Red una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro...*”. Entonces, si este acto de comunicación no está autorizado por el titular de derechos sobre la obra, ¿cómo puede haber accedido entonces el usuario legalmente a la obra, que es lo que prescribe el Artículo 31.2. de la LPI como “*conditio sine qua non*” para que el límite de copia privada a los derechos de reproducción del autor sobre su obra resulte de aplicación?

Adicionalmente, incluso si el primer acceso a la obra se hubiera realizado de manera legal (por ejemplo, cuando el usuario hubiera adquirido una copia digital lícita en iTunes) el propio Artículo 31.2. de la LPI excluye cualquier utilización “*colectiva ni lucrativa*” que se realice con posterioridad a la realización de una copia privada de la obra. Si se hubiera querido permitir o no penalizar estas conductas, lo cual hubiera provocado asimismo en la práctica la aniquilación de la industria de contenidos, el Legislador podría haber incluido en la Ley otro límite “*ad hoc*” al derecho de reproducción sobre la obra (hablamos en teoría porque la en la Legislación Comunitaria existe un “*numerus clausus*” de límites al derecho de reproducción que los Estados miembros de la UE pueden desarrollar en sus respectivas legislaciones); pero no el usar (y desvirtuar) una institución jurídica como el límite de copia privada que nunca ha servido para eso, degradando la coherencia técnica de la Ley. Tal límite “*ad hoc*” no se implantó puesto que hubiera ido frontalmente en contra de las obligaciones internacionales asumidas por España en materia de Derecho de Autor; por lo que se optó por utilizar este subterfugio para legalizar de hecho la piratería en la Red.

Pero es que por lo demás la propia Circular 1/2006 se contradice, puesto que en el párrafo anterior inmediatamente anterior a aquel en que legaliza de hecho las descargas, prescribe que “*La limitación al derecho de propiedad intelectual que supone el derecho de copia privada, no reúne en los supuestos de colocación en lugares Internet o en casos de intercambio de archivos, los requisitos exigidos por el art. 31.2 de la LPI, puesto que es necesario que la copia obtenida no*

sea utilizada para uso colectivo o lucrativo”. Suponemos que se refiere a actos posteriores, ya que la copia privada es un límite al derecho de reproducción del artículo 18 de la LPI, y no al de comunicación del artículo 20. Pero si no se puede subir a la Red de forma no autorizada una copia de una obra; ¿no se convierte a las copias que se “suban” de este modo a la Red en ilícitas? Y siendo así, ¿Cómo es que el acto de “bajarse” una copia ilícita representa un acceso legal?

Por último, también hemos de señalar que la Circular también explicitaba lo siguiente:

“c. En lo que respecta a la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, los mismos no serán responsables cuando el servicio que prestan sea el de simple intermediación, dentro de los términos que establecen los arts. 14 a 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”.

¿Por qué se hace referencia a las normas de “puerto o refugio seguro” de la LSSI en la Circular 1/2006? Porque si en un determinado caso el elemento de lucro “comercial” de una web, pongamos de enlaces, resultase notorio, además, se les recordaba a los miembros del Ministerio Público que para actuar en contra de los responsable de estas webs, estos deberían tener “conocimiento efectivo” de que la última temporada de la serie “Juego de Tronos” que se ofrece ilícitamente para su descarga o visionado “vía streaming” en dicha web, directamente o a través de enlaces se halla protegida por el Derecho de Autor. ¿Y qué se ha de entender por “conocimiento efectivo”, según el artículo 16.1 de la LSSI?

“Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”.

Es decir, que los bañistas de una playa del litoral Mediterráneo en agosto, a pesar de que se hallen tomando el sol a las 12 de la mañana, según la Doctrina de la Circular 1/2006 no tienen “conocimiento efectivo” de que hace sol y ese día no llueve, a no ser que reciban una comunicación

oficial de la Agencia Estatal de Meteorología. Y sin embargo, la figura del “*conocimiento implícito*”, no es ya que exista en el ordenamiento jurídico español, es que existe en la propia ley LPI, tal y como nos recuerda SÁNCHEZ ARISTI:

*“El estándar de conocimiento efectivo o implícito es manejado por la LPI española a efectos de valorar el comportamiento infractor, en sede tanto de programas de ordenador como de medidas tecnológicas de protección. En el primer caso, el art. 102 de la LPI considera infractor a “quienes pongan en circulación una o más copias de un programa de ordenador conociendo ocurriendo presumir su naturaleza ilegítima”; en el segundo, el art. 160.1 de la LPI se considera legitimado pasivo de las acciones judiciales de protección que la propia LPI regula a “quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz”*⁵⁶⁶.

Por supuesto, la consecuencia directa de la inclusión de este párrafo en la Circular 1/2006 fue que no se persiguieran las conductas antijurídicas de infinidad de webs por la vía judicial. Y a este efecto se intentó crear un órgano administrativo con el objeto de reprimir sus actividades⁵⁶⁷, aunque cuando finalmente se aprobó la Ley que regulaba este órgano ya se habían dictado multitud de sentencias judiciales eximiendo de responsabilidad a aquellos que ofrecían contenido de manera no autorizada en la Red, declarando sus actividades conforme a derecho. Resulta evidente que perseguir conductas declaradas lícitas judicialmente por la vía administrativa no es exactamente lo que debería hacer un Estado de Derecho⁵⁶⁸.

Jurisprudencia sobre intercambio no autorizado de archivos a través de redes P2P.

⁵⁶⁶ SANCHEZ-ARISTI RAFAEL, *La protección de datos de carácter personal, ¿Un obstáculo para la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital*, [Artículo en Línea], [Fecha de Consulta 29/11/2011], http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo-4/139a174_la_proteccion.pdf.

⁵⁶⁷ La Sección 2ª de la Comisión de Propiedad Intelectual, de la cual hablaremos más adelante.

⁵⁶⁸ Por lo cual, no resulta descabellado que se admitan a trámite querellas por prevaricación cuando un órgano administrativo contradice una resolución judicial absolutoria previa. V. ROMERO PABLO, *Admitida una querella por prevaricación contra los miembros de la 'Comisión Sinde'*, Diario El Mundo, 10 de octubre de 2013. <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/10/10/navegante/1381381901.html>, (Consultado por última vez el 14 de octubre de 2013).

Durante los últimos años se han dado numerosas sentencias sobre la explotación ⁵⁶⁹ no autorizada de obras protegidas por el Derecho de Autor en la Red, en su mayoría con resultado absolutorio para la parte acusada ⁵⁷⁰. Con la excepción del proceso que se llevó a cabo en contra de Pablo Soto, creador de varios programas de intercambio de archivos, que incluyen por ejemplo BLUBSTER, PIOLET y MANOLITO P2P, la inmensa mayoría de los autos y sentencias dictadas por parte de los tribunales españoles se refieren a las actividades de ordenación de enlaces, y de enlace propiamente dicho a archivos que contengan obras protegidas por el Derecho de Autor, enlaces que se realizaban bien a archivos compartidos a través de redes P2P (principalmente de los tipos Torrent, y en menor medida a través de la red eDonkey), o directamente a archivos alojados en webs de descarga directa o alojamiento (por ejemplo, MEGAUPLOAD). En España la jurisprudencia sobre lo que son indudablemente actos de competencia desleal emana casi en su totalidad de las Audiencias Provinciales. Hasta la sentencia Elrincondejesus.com, perteneciente al Orden Jurídico Civil, todas las sentencias absolutorias sobre el intercambio ilícito de archivos a través de las redes P2P basadas en las tesis de la Circular 1/2006, fueron dictadas por tribunales del Orden Jurídico Penal. Los titulares de derechos de explotación sobre las obras reproducidas sin su autorización elegían principalmente los tribunales penales por su mayor celeridad, por su

⁵⁶⁹ Digo explotación con pleno conocimiento de causa; puesto que las redes P2P y de enlaces realizan una explotación no autorizada de las obras, y además no me consta que en España se haya actuado contra los usuarios, puesto que con posterioridad al caso Promusicae contra Telefónica, en que el Tribunal De Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) en Sentencia del 29 de enero de 2008, en que se destacó que la UE no obliga a los Estados Miembros a dictar normas que obliguen a los proveedores de servicios de conexión de Red a facilitar la identidad de los usuarios que se corresponda con una conexión IP (aunque estos son libres de promulgar tal legislación; España acaba de introducir esta posibilidad en el PMLPI 2014) Pero es que además, incluso si se pudiese conocer la identidad real de un usuario a través de una dirección IP, tras la STS: “*En efecto el propio informe advierte que su objetivo y alcance se reduce a poner en evidencia que la inferencia que vincula ser usuario de un ordenador y línea telefónica no lleva necesariamente a la conclusión de que ese usuario sea el autor de toda utilización telemática de esa infraestructura informática. Y tal desautorización se hace desde premisas acreditadas y cuya obtención no exige el examen del equipo informático. En el caso, además de no desmentidos por el informe pericial, el perito indica que dispuso de los datos premisa de sus conclusiones desde la factura emitida por el servidor.*

En esencia el informe pone de manifiesto que, al tiempo en que los hechos tuvieron lugar el entorno usado era Windows XP Professional edición 32 bits, con antivirus de licencia gratuita y con conexión a través de modem (no router). Ello implicaba una información a internet de los puertos que estaban disponibles en el PC, lo que es un factor de vulnerabilidad cognoscible por otros usuarios de la red. De éstos un atacante malicioso puede aprovechar aquella vulnerabilidad para utilizar el equipo ajeno quedando su uso registrado como si fuera el auténtico titular el que utiliza la IP en esa manipulación del equipo, sin más condición que la de que el equipo del titular verdadero se encuentre encendido. Y ello sin que este titular pueda ni siquiera percatarse de ese uso malicioso y ajeno de su equipo”. STS 8316/2012. Sala de lo Penal. 3 de diciembre de 2012. Fundamento de Derecho III.

⁵⁷⁰ Aunque para ser justo, también existen Autos y Sentencias condenatorias, muchas de las cuales contienen un razonamiento jurídico impecable. Ver. Auto 201/09, Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª de 16 de septiembre de 2009 (Caso Elitedivx.com); Sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de Logroño, de 25 de noviembre de 2008 [Caso Infopsp.com). Lo cual es de alabar, pero también indica el “desorden conceptual” en que nos encontramos en nuestro país.

mayor efectividad potencial a la hora de cerrar una web, y por las exiguas indemnizaciones que tradicionalmente conceden al demandante los Tribunales del Orden Civil en España. Además, el artículo 272 del Código Penal lleva aparejada a la condena dictada por un Tribunal del Orden Jurídico Penal la indemnización civil correspondiente; indemnización que, según este artículo, *“se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios”*.

Los delitos contra la propiedad intelectual se recogen en el Libro II, Título XIII, capítulo XI que comprende los artículos 270 al 272 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP).

El artículo 270 del CP establece el tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual:

“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.

Por tanto, la ley penal se remite a la LPI en cuanto a la definición del ilícito civil subyacente al tipo penal, por lo que es de acuerdo a la LPI cómo se ha de definir lo que sea reproducción, plagio, distribución, o comunicación públicas (además de la extensión o el montante de la responsabilidad civil derivada de estos delitos de acuerdo al artículo 272 del propio CP). Fuera de la LPI, no existe otra remisión legal posible, puesto que (afortunadamente) en España ya no existe la figura de la “Ley Penal en blanco”.

El frecuente resultado absolutorio que se daba (y se da) en el marco de los procesos penales se debió en no pocas ocasiones al cambio en la definición jurisprudencial del elemento del *“ánimo de lucro”* operado por la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado; cambio que, como hemos visto en el punto anterior, modificó la jurisprudencia reiterada y consistente del Tribunal Supremo en este punto, lo cual provocó que la recepción de ingresos publicitarios por parte de los

titulares de las redes de enlace no se considera muy a menudo como “*lucro*” a efectos jurídicos condenatorios⁵⁷¹. A modo de ejemplo:

- *“En lo que toca al ánimo de lucro, ha de entenderse que este elemento intencional del tipo pone de manifiesto que la conducta ha de ir acompañada del dolo específico de obtener una ganancia procedente del acto correspondiente que se realiza por el autor de la conducta realizada sin autorización. Los propios pormenores del tipo, según se desprende de los principios antes referidos, y de lo destacado en el párrafo anterior, llevan a entender que ese dolo ha de ser directo, es decir directamente ha de pretenderse obtener una ganancia a través de todas y cada una de las comunicaciones públicas de la obra u obras de que se trate, pretendiendo con ello, además, perjudicar al titular de tales derechos. Ese ánimo, según destaca la Circular 1/2.006 de la Fiscalía General del Estado ha de ser un ánimo de tipo comercial, lo que no se da cuando, como en el presente caso, quien intermedia en los actos de comunicación pública no obtiene un beneficio económico procedente de la intermediación en la comunicación de las distintas obras, sino que obtiene sus beneficios de otro modo, a través de la inserción de publicidad en la página web en la que se encuentran los programas de intermediación”*⁵⁷².

Consecuentemente, un gran número de Tribunales Penales adoptaron la interpretación de ánimo de lucro “*comercial*” emanada de la Fiscalía General del Estado, así como muchas otras interpretaciones sobre el intercambio de archivos autorizados a través de redes P2P contenidas en la Circular 1/2006. Lo anterior no ha de resultar extraño, ya que no debemos olvidar que la propiedad intelectual es una de las ramas más complejas del derecho, y por tanto, no es de extrañar que muchos jueces respeten la autoridad doctrinal, y adopten los argumentos de la Fiscalía General del Estado sobre la materia. Por ello, adoptando esta interpretación se acabó creando una jurisprudencia más o menos reiterada por una parte de los tribunales, cómo podemos observar en el siguiente párrafo:

⁵⁷¹ Así Auto 3975/08 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, de 3 de noviembre de 2008 (caso TVMIX.net), Auto Nº 364/10 Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid. Audiencia Provincial De Madrid Sección Primera de veintisiete de abril de 2010 (caso ROJADIRECTA.COM)

⁵⁷² Auto nº 665 /2007 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Cartagena, de diecisiete de abril de 2008. (Caso elitedivx.com).

- *“De las resoluciones antes citadas se extrae de forma meridianamente clara que la contraprestación para poder considerarla como ánimo de lucro debe ser interpretada de forma restrictiva y debe ser exclusiva por este servicio, y como consta acreditado, los ingresos que el Sr. C. ha percibido por publicidad [30.000 Euros], no puede vincularse de forma directa al servicio de enlace de la página web, dado que ésta ofrece otros servicios y no puede establecerse una vinculación directa entre la publicidad y los servicios que son objeto de investigación. El denunciado manifiesta, por ende, en su declaración que el mantenimiento de la página web conlleva el pago a terceros servidores ubicados en el extranjero y que la página y no el servicio objeto de investigación se financia a través de la publicidad”*⁵⁷³.

Además, como ya sabemos, y como reconocieron expresamente algunos Tribunales, la Circular 1/2006 no considera la comunicación de obras protegidas por el Derecho de Autor como una “conducta penalmente típica”, y además, en la Circular se señala de manera expresa que los actos de reproducción no autorizados que realicen los usuarios se hallan cubiertos por el límite de copia privada del artículo 31.2 de la LPI. A modo de ejemplo:

- *“En cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil. Respecto del usuario que “baja o se descarga de la Red” una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica. En lo que respecta a la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, los mismos no serán responsables cuando el servicio*

⁵⁷³ Auto Diligencias Previas N° 817/06. Juzgado de Instrucción N°3 de Alcoy de 17 de junio de 2009 (caso Naiadadonkey.com); confirmado por la Audiencia Provincial de Alicante, por Auto n° 161/2010, de 18 de Febrero de 2010. Conviene señalar que este Auto remite, y reproduce literal y ampliamente la Circular 1 /2006 de la Fiscalía General del Estado.

*que prestan sea el de simple intermediación, dentro de los términos que establecen los artículos 14 a 18 de la Ley 34/2002, de 11 da julio, de .servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.”*⁵⁷⁴ .

Así, se puede comprobar el por qué defendemos en este trabajo la indudable influencia de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, ya que aunque en puridad sea un acto administrativo, al citarse expresa y en ocasiones literalmente por los Tribunales, adquiere por tal causa valor jurisprudencial. Además, insisto en el punto de que si una conducta no se puede considerar como penalmente típica debido a que el acto o los actos de reproducción subyacentes objeto de la demanda se encuentren legalizados por el límite de copia privada, tales actos habrán asimismo de ser considerados necesariamente lícitos en el Orden Jurídico Civil, puesto que si se realiza una copia privada, legalmente se está realizando una copia lícita según el artículo 31.2 de la LPI.

Al mismo tiempo, puesto que de acuerdo con numerosas sentencias, debido a que las páginas de enlaces no alojan directamente en sus servidores las obras protegidas por el Derecho Autor objeto de reproducción no autorizada, y a pesar de estas páginas realicen una labor de facilitación de la reproducción ilícita masiva de tales obras (labor realizada principalmente mediante la ordenación y oferta de los enlaces), tal labor o actividad no sólo no representaría un hecho delictivo, sino que tampoco se consideraría judicialmente como un acto civilmente ilícito, tal y como como cabría esperar, puesto que el resultado final es (a todas luces) una comunicación pública no autorizada que contraviene directamente el artículo 20 de la LPI. Por ejemplo:

- *“Los responsables de la página no realizan de forma directa actos de comunicación pública de obras protegidas por la LPI ya que no alojan en sus archivos los títulos descargados. Únicamente favorecen esa conducta en la medida en que seleccionan, ordenan e informan sobre la forma de acceder a las páginas que ofrecen la retransmisión de partidos.”*⁵⁷⁵ .

⁵⁷⁴ Auto ROJADIRECTA.COM. Pág. 1. Fundamento de Derecho 1º.

⁵⁷⁵ Ídem.

Así, lo que ha quedado hasta ahora es una jurisprudencia bastante reiterada en el sentido de que enlazar (incluso cuando se ordenan los enlaces y se saca beneficio económico por parte del infractor no es una actividad ilícita, y así lo recuerda el Auto 00067/2014 de 20 de enero de 2014 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León:

- *“Analizando, lógicamente desde la óptica de los distintos supuestos fácticos que en la realidad vienen produciéndose, pero que en todo caso son muy similares, las distintas Audiencias Provinciales, han venido decantándose por la conclusión de que la conducta ya referida no puede ubicarse en el tipo penal referido, y así lo han entendido diferentes resoluciones entre las que se encuentran los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de Septiembre de 2.008 (Sección 2ª), 3 de Noviembre de 2.008 (Sección 5ª), 27 de Abril de 2.010, 10 de Marzo de 2.011 y 15 de Marzo de 2.011 (Sección 1ª), además del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 20 de Diciembre de 2.007 y Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de Febrero de 2.012”.*

La propia Audiencia provincial de Madrid en su reciente Sentencia el proceso llevado a cabo contra PABLO SOTO ⁵⁷⁶ reconoce que condenar en nuestro país (antes de la reforma del CP, y la proyectada de la LPI, claro) basándose en la teoría legal de la infracción indirecta plantea sustanciales dificultades. La Sentencia comienza definiendo lo que se ha de entender por infracción indirecta:

“La doctrina técnico jurídica considera infracción indirecta la que sería cometida por aquel que, siendo consciente de ello, indujese o contribuyese a que un tercero realizase una actividad infractora. Cualquier posibilidad de imputación de infracción indirecta pasaría por constatar que un tercero estuviera infringiendo un derecho (en este caso el de propiedad intelectual), que el demandado tuviera conocimiento de ello y que hubiese efectuado alguna contribución material para que ello se produjera” ⁵⁷⁷ .

⁵⁷⁶ Sentencia 103/2014 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimoctava, 31 de marzo de 2014, Fundamento de derecho octavo.

⁵⁷⁷ Ídem.

La Sentencia entonces especifica que *“La infracción indirecta carece de explícita regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico en lo que respecta a la propiedad intelectual en sentido estricto”*⁵⁷⁸. La Sentencia señala que existen algunos artículos en la LPI de los que se podría inferir un *“mediato parentesco con ella”*⁵⁷⁹, concretamente los artículos 160.2⁵⁸⁰, 162.1⁵⁸¹, o artículo 102 c) de la LPI⁵⁸²; aunque *“sin que pueda derivarse de dichas normas la extracción de una doctrina general de la infracción indirecta en el sistema jurídico español”*⁵⁸³. Esta circunstancia provoca cierta desazón al jurista, puesto que en España se ha intentado luchar contra la piratería, arbitrando con no poco esfuerzo un procedimiento administrativo inoperante, mientras el ABC del asunto (aclarar si la infracción del Derecho de Autor mediante inducción o facilitación se encontraba penado en España) se ha obviado hasta prácticamente nuestros días.

No obstante, el PMLPI 2014, en su artículo 19 crea un nuevo artículo 158 ter en la LPI que finalmente convierte en ilícito civil las labores de ordenación, facilitación e inducción a la infracción de derechos de explotación sobre obras de creación en el ámbito de la Red. De este

⁵⁷⁸ Ídem.

⁵⁷⁹ Ídem.

⁵⁸⁰ Artículo 160.2 d) de la LPI: *“Las mismas acciones podrán ejercitarse contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiquen para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz:*
a) *Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o*
b) *Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o*
c) *Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección”*.

⁵⁸¹ Artículo 162.1 de la LPI: *“Los titulares de derechos de propiedad intelectual podrán ejercitar las acciones previstas en el título I del libro III contra quienes, a sabiendas y sin autorización, lleven a cabo cualquiera de los actos que seguidamente se detallan, y que sepan o tengan motivos razonables para saber que, al hacerlo, inducen, permiten, facilitan o encubren la infracción de alguno de aquellos derechos:*

a) *Supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos.*
b) *Distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos”*.

⁵⁸² Artículo 102 de la LPI: *“A efectos del presente Título y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 100 tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes sin autorización del titular de los mismos, realicen los actos previstos en el artículo 99 y en particular:*

a) *Quienes pongan en circulación una o más copias de un programa de ordenador conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima.*
b) *Quienes tengan con fines comerciales una o más copias de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima.*
c) *Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”*.

⁵⁸³ Sentencia 103/2014 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimotercera, 31 de marzo de 2014, Fundamento de derecho octavo.

nuevo potencial artículo 158 ter, que lleva el encabezamiento “*Función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital*”, resulta de indudable relevancia lo que se prescribirá de aprobarse en su sección 2ª:

“2. *El procedimiento de restablecimiento de la legalidad se dirigirá contra:*

A) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de forma significativa, atendiendo, entre otros, a su nivel de audiencia en España, al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio.

B) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de la forma referida en el párrafo anterior, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio”⁵⁸⁴.

Por tanto, parece claro que la edad de oro de las webs de enlaces, que se habían estado aprovechando hasta el momento de un vacío legal, está tocando a su fin. No cabe duda de que surgirán multitud de voces (los “sospechosos habituales”) lamentándose de que la nueva normativa criminaliza el enlace, cuando esta afirmación no puede estar más apartada de la realidad. Se criminalizan (se convierten en ilícito civil, que puede ser base de un proceso penal según los

⁵⁸⁴ En palabras del Consejo de Estado: “...se exige que el procedimiento se siga contra el prestador que desarrolle una actividad no neutral de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas de localización, esto es, cuando ha desempeñado un papel que le dé conocimiento o control de los datos almacenados (STJUE de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados 236/08 y 238/08)”. Dictamen 1064/2013 del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil., aprobado el 18 de noviembre de 2013.

artículos 270 y 271 del CP) los enlaces antijurídicos de los que hemos hablado ya en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo.

Hasta aquí hemos hablado de lo tocante a la infracción penal del Derecho de Comunicación pública. En cuanto al Derecho de Reproducción recogido en el artículo 18 de la LPI, los Tribunales realizaban (y realizan) frecuentemente una lectura insólita del límite de copia privada (la que ofrece la Circular 1/2006) para asimismo negar que se estaba conculcando el derecho de reproducción de los autores. No existe ni un caso de los muchísimos que he consultado para este trabajo (y para mi anterior trabajo del DEA), en que los abogados defensores no hayan intentado alegar que los actos de reproducción de obras sujetas al Derecho de Autor no autorizados por sus legítimos titulares a través de redes P2P, se hallan subsidiariamente autorizados por cuenta del límite legal de copia privada. ¿Por qué? Porque estos mismos abogados defensores son conscientes de que no en pocas ocasiones los tribunales darán esta argumentación por buena.

A modo de ejemplo, el Juzgado de lo Penal nº 3 de Santander, en Sentencia de 14 de julio de 2006 (caso AFYVE) absolvió al acusado de un delito contra el artículo 270 del CP, entendiendo que la conducta del acusado no reunía los elementos constitutivos del tipo penal del artículo 270. El Auto se lee en su Fundamento Jurídico Único como sigue:

“...la ostentosa proclamación en sus [del acusado] múltiples mensajes de correo enviados que su intención no es en ningún caso comercializar con el material audiovisual del que dispone sino simplemente hacerse con copias de productos que le interesan bien a través de descargas de la red o bien mediante el intercambio con otros usuarios de Internet [...] no cabe llegar a otra conclusión: ni mediaba precio ni aparecían otras contraprestaciones que la propia de compartir entre diversos usuarios el material del que disponían. Y a juicio de esta Juzgadora ello entra en conexión con la posibilidad que el art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual establece de obtener copias para uso privado sin autorización del autor; sin que se pueda entender concurrente ese ánimo de obtener un beneficio ilícito. Entender lo contrario implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos en los que el fin no es en ningún caso el enriquecimiento ilícito, sino el ya reseñado de obtener copias para uso privado. Todo ello

lleva a la conclusión de que en este caso no se ha producido una infracción merecedora de sanción penal" ⁵⁸⁵ .

Es decir, que el tribunal entendió y así hizo constar en el Auto, que la descarga de obras protegidas por el derecho autor a través de la Red representa un acto cubierto por el límite de copia privada, y por tanto resulta lícito realizar tales descargas sin autorización del autor. El Auto señala que dado que la “*norma social*” (que diría LESSIG) acepta tales conductas, resulta indudable que tales conductas son lícitas. Es decir, como opina el Profesor GARON: “*la Ley simplemente no importa*” ⁵⁸⁶ . Es de reseñar que el Auto entra a considerar solamente el elemento de la utilización lucrativa o no por parte del usuario, sin detenerse (¿para qué?) en el elemento de utilización colectiva previsto en el artículo 31.2 de la LPI (puesto que los hechos sucedieron antes de la reforma que operó en el artículo 31.2 la Ley 23/2006 de 7 de Julio, ya que si hubieran sucedido con posterioridad a tal reforma se habría tenido que tomar en consideración además el elemento del “*acceso legal*” a la obra; aunque dada la lectura que se ha realizado asimismo de este elemento, las consecuencias no hubieran variado en demasía). Evidentemente, dado el caldo de cultivo subyacente a la “*norma social*” en España, toda sentencia absolutoria de los piratas se publica (se celebra) de manera inmediata con grandes titulares en los medios de comunicación ⁵⁸⁷ ; es más, mi impresión personal es que con mucha más profusión que las (pocas) sentencias que afirman la ilicitud del intercambio de archivos ⁵⁸⁸ .

⁵⁸⁵ Y más recientemente, la Audiencia Provincial de Madrid, en su Auto nº AUTO Nº 364/10 de 27 de abril de 2010 , reproducía literalmente el texto de la Circular 1/2006:

“Es un criterio generalizado actualmente que la actividad de descarga de archivos a través de Internet no es constitutiva de delito. Baste citar el criterio de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado para poner de relevancia esa circunstancia. En la referida Circular se afirma lo siguiente:

En cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil. Respecto del usuario que “baja o se descarga de la Red” una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica. En lo que respecta a la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, los mismos no serán responsables cuando el servicio que prestan sea el de simple intermediación, dentro de los términos que establecen los artículos 14 a 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de .servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”.

⁵⁸⁶ GARON, JON, *Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics*, Cornell Law Review, vol. 88, 2003.

⁵⁸⁷ V. *Una juez de Santander sentencia que descargar música por Internet no es delito*, Diario El Mundo, 2 de noviembre de 2006, disponible en <http://www.elmundo.es/navegante/2006/11/01/tecnologia/1162383709.html>, (consultado por última vez el 7 de febrero de 2013).

⁵⁸⁸ Y he leído multitud de noticias al respecto en el curso de la realización de este trabajo.

La apelación a la Sentencia anterior, cristalizó en la Sentencia nº 40/2008 de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1ª, de 18 de Febrero de 2008, que dedicó expresamente su Fundamento Jurídico Octavo, punto Segundo, a refutar la teoría del Juzgado de Instrucción de que las descargas realizadas a través de la redes P2P resultaban lícitas por tratarse de copias privadas subsumibles en la regulación del límite del artículo 31.2 de la LPI:

“Este tribunal no puede compartir la primera de esas apreciaciones de la sentencia de instancia en cuanto a la inclusión de una conducta como la examinada en el ámbito de la copia privada, ya se considere esta como un derecho subjetivo de los no titulares de los derechos de propiedad intelectual, ya como un simple límite a estos derechos. Al tiempo de ocurrir los hechos la copia privada estaba regulada en el art. 31,2 de la LPI en los siguientes términos: “Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: 2. Para uso privado del copista, sin perjuicio de los dispuesto en los arts. 25 y 99 a) de esta Ley y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”. Como se ve, la norma no contenía la limitación actual, introducida por la Ley 23/2006 de 7 de Julio, de que la copia lo sea de obras “a las que se haya accedido legalmente”, pero ya se contemplaba como límite a la copia privada su utilización colectiva, cuyo destino hacía ilícita la copia misma; y el art. 10,1 del Real Decreto 1434/1992 de 27 de Noviembre, de desarrollo de los arts. 24, 25 y 140 de la LPI, expresamente reiteraba que no tienen la consideración de reproducciones para uso privado las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio, supuestos en los que para efectuar las reproducciones se exigía la previa autorización de los titulares de los derechos. Pues bien, resulta claro que la expresión “utilización colectiva”, aun interpretada restrictivamente, abarca todos aquellos casos en que la obra se comparte con usuarios ajenos al círculo familiar o íntimo del copista, con personas indeterminadas mediante una oferta general de acceso o intercambio, como ocurre en el sistema “Peer to Peer” (“P2P”) o en el caso presente, en que el acusado ofertaba libremente en la red el listado de sus discos, películas y juegos facilitando luego copias de sus archivos a quien se lo solicitaba a cambio de otras obras de su interés. Las copias que con esta finalidad eran poseídas por el acusado no podían por tanto considerarse copias para uso privado estrictamente, ni podían considerarse entonces - ni ahora conforme a la legislación vigente-, amparadas por la excepción legal a la prohibición de reproducción

sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Además, resulta claro que mediante esa conducta de reproducción y oferta pública terceros de tales copias y sus reproducciones, el acusado realizaba las conductas objetivas típicas descritas en el art. 270 del C. Penal de reproducir y distribuir, lo que unido a la falta de autorización de los titulares de los derechos antes comentada conduce a afirmar en definitiva y a los efectos de esta jurisdicción que la conducta del acusado no era civilmente lícita y colmaba ya en su momento el tipo objetivo del delito del art. 270 del C. Penal.”.

Por lo tanto, entendió la Audiencia Provincial de Cantabria que la realización de una reproducción no autorizada de un archivo que contenga una obra protegida por el Derecho de Autor a través de una red P2P no se puede legalmente considerar en ningún caso una copia privada; ni ahora ni antes de la reforma de la LPI realizada en el año 2006. Antes de la susodicha reforma por cuenta del carácter indiscutible e indudablemente colectivo de la copia, y después de la reforma asimismo por cuenta de la exigencia legal del necesario requisito de que el usuario acceda legalmente al original desde el cual se realice la reproducción.

No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial añadió además que de acuerdo con el “*principio penal de intervención mínima*”, habría que dar por válida la interpretación que del “*ánimo de lucro*” hace la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado; es decir, la conversión de éste en ánimo de lucro “*comercial*”:

“...hay una sólida doctrina legal que sostiene que “ánimo de lucro” equivale a intención de obtener cualquier ventaja, aprovechamiento o utilidad (STS. 411/2004 de 25 de Marzo, 1.100/2002 de 13 de Junio). Sin embargo, no hay propiamente una doctrina legal del Tribunal Supremo que interprete ese requisito del ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad intelectual, pues habiendo sido introducido el mismo en el C. Penal de 1995, son pocas sus sentencias posteriores sobre este delito y no abordan desde luego esta cuestión ni tratan la específica problemática que suscita la interpretación del precepto a la luz de la realidad social, que como es sabido debe ser el marco de toda interpretación razonable del derecho (art. 3 C. Civil) [...] En esta línea se encuentra la aportación de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, invocada en este caso por el Ministerio Fiscal al impugnar los recursos, en la que se propugna precisamente que el “ánimo de lucro” propio de estos delitos y exigible conforme al art. 270 C. Penal, puede entenderse

*no con el contenido tradicional ya expuesto, sino como expresivo de una intención de lucro “comercial” o “a escala comercial”, lo que en todo caso excluye el mero beneficio de ahorro obtenido por el sujeto y aquellos supuestos en los que la copia ilícita es realizada o intercambiada sin intención de obtener un beneficio monetario, el propio de un ejercicio comercial de la actividad”*⁵⁸⁹ .

Por tanto, puesto que el tipo penal del artículo 270 del CP exige que concurran conjuntamente en el acusado los elementos de “ánimo de lucro” y de actuación “en perjuicio de tercero”; la Audiencia Provincial concluyó que habiendo de entenderse el primer elemento como ánimo de lucro “comercial”, los actos de reproducción no autorizada de obras protegidas por el Derecho de Autor a través de redes P2P no habrían de resultar punibles de acuerdo con la legislación penal vigente, aunque sí que podría potencialmente devengarse responsabilidad civil en aquellos que realizaren tales actos:

*“Por ello este tribunal comparte tal criterio, cuya aplicación al caso concreto -en que demostradamente el acusado no actuaba con intención de obtener un beneficio comercial, no cobraba dinero ni se enriquecía económicamente más allá de lo que suponía el ahorro personal gracias al intercambio de los discos, películas y juegos –, conduce directamente a la confirmación de la sentencia apelada en cuanto a su pronunciamiento absolutorio. Sin perjuicio, desde luego, de la responsabilidad civil que le pueda ser exigida al acusado desde el punto de vista del derecho civil, lo que no es objeto de este procedimiento una vez que se declara la no existencia de delito ni de responsabilidad civil nacida del mismo”*⁵⁹⁰ .

Por tanto, y como no podría ser de otra manera, las tesis de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado se han aplicado de forma reiterada por parte de los Tribunales del Orden Jurídico Penal en España, y resulta indiscutible el hecho de que los titulares de derechos de explotación sobre obras de creación pierden muy a menudo sus acciones penales contra quienes compiten deslealmente con ellos bajo la alargada sombra protectora de la Circular 1/2006. No obstante, y afortunadamente existe una jurisprudencia contraria surgida al albor de la Sentencia 530/11 de la

⁵⁸⁹ Sentencia nº 40/2008 de AP Cantabria, Sección 1ª, 18 de Febrero de 2008, Fundamento Jurídico Noveno.

⁵⁹⁰ Ídem.

Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 27 de septiembre de 2011. En esta Sentencia se señala lo siguiente en lo relativo a la actividad antijurídica de los acusados:

“Lo que hacen los acusados es entrar en la página de intercambio de archivos y extraer de ella un enlace de archivo de música o de película que albergan en su servidor (el enlace), sacándolo de ese contexto de página de intercambio para convertirlo en un archivo de descarga directa en otro lugar. Técnicamente cuando el usuario pincha en “descargar” realiza un acceso a la página p2p correspondiente, pero solo como trámite informático necesario para acceder al archivo. Los acusados no llevan al usuario a ese entorno de intercambio, sino que consiguen que acto seguido y sólo con esa acción de hacer un clic en “descargar” accedan a la película o la música correspondiente. [...] [S]e trata [...] de un acto propio a través del cual (a través del artificio técnico de introducir al usuario en la página de intercambio de archivos p2p y dar acceso directo a un contenido concreto de esa página) los acusados realizan un acto propio de comunicación, un acto de puesta a disposición a cualquier usuario potencial de esa página de un contenido que vulnera derechos de terceros”.

La Sentencia también descarta que la actividad de los acusados caiga bajo el manto protector de las normas sobre “puerto o refugio seguro” del artículo 17 de la LSSI. Para MIQUEL PEGERA *“La sentencia argumenta en síntesis que no está valorando una actividad de intermediación consistente en enlazar a contenidos ilícitos, sino que analiza una conducta ilícita consistente en comunicar públicamente sin autorización”* ⁵⁹¹. Esta Sentencia ha creado Jurisprudencia, y parece que ha inspirado un número de Sentencias asimismo razonables ⁵⁹².

En lo tocante al orden Jurídico Civil, reviste especial importancia la Sentencia dictada sobre la web de enlaces Elrincondejesus.com. Aunque se admita que las reproducciones no autorizadas a través de la Red puedan quedar fuera del ámbito actuación del derecho penal (en algunos países

⁵⁹¹ PEGUERA realiza un excelente y muy recomendable análisis de la Sentencia. Ver PEGERA, MIQUEL, *Análisis de la sentencia contra fenixp2p y mp3-es*, Blog Responsabilidad en Internet, 24 de noviembre de 2011. Disponible en <http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/11/24/analisis-de-la-sentencia-contrafenixp2p-y-mp3-es/>, (Consultado por última vez el 4 de marzo de 2014).

⁵⁹² ROMERO, PABLO, *Un juez de Valencia condena al responsable de varios sitios de 'streaming' ilícito*, Diario El Mundo, 27 de junio de 2013. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/06/27/navegante/1372334025.html>, (Consultado por última vez el 4 de marzo de 2014).

quedan fuera de este ámbito; por ejemplo en EE.UU., aunque la herramienta argumental basada en la exigencia de ánimo de lucro “*comercial*” utilizada en España en los últimos tiempos resulta más que discutible), parece difícil que alguien niegue que han de constituir al menos un ilícito civil, puesto que admitir lo contrario significa abolir por la vía del hecho el derecho de propiedad. No obstante, la famosa Sentencia sobre la web Elrincondejesus.com (a la que dediqué mi trabajo del DEA), vino a negar también tal afirmación. ¿La “*rationale*”? Obviamente, el límite de copia privada.

La Sentencia Elrincondejesus.com se dictó por el Juzgado número 7 de lo Mercantil de Barcelona ⁵⁹³ (es decir nos hallamos en la jurisdicción civil, y puramente en el ámbito de la LPI); y señala de manera explícita lo siguiente:

“Partiendo de aquí y en materia de reproducción, como se indicó en sede de medidas, se ha de tener en cuenta el límite recogido en el art. 31.2 de la LPI, pues las obras que circulan en el gran almacén, que constituye Internet generalmente ya se han divulgado, por persona física para uso privado con un acceso legal (pues la red P2P es legal) y la copia no es objeto de una utilización lucrativa, ni tampoco colectiva, pues estas dos expresiones se refieren a la posterior utilización que se hace de la obra una vez descargada, una vez obtenida la copia. Salvo los casos en que se haga una utilización en un ámbito público o con una finalidad lucrativa, claro está” ⁵⁹⁴ .

Es decir, siguiendo este razonamiento, las obras que se encuentren en la Red (es decir prácticamente todas) dejarán instantáneamente de estar sujetas al Derecho de Autor, y la autorización de su titular de derechos para ejercer cualquiera de los derechos de explotación que se le reconocen en el artículo 17 de la LPI pasará a convertirse (al menos en el ámbito de la Red) en irrelevante. Por tanto, no resulta aventurado afirmar que, siguiendo este razonamiento, el legítimo titular de derechos de explotación sobre una obra dejará de serlo cuando esta se comparta a través de una red P2P. La reproducción en Internet de una obra sujeta al Derecho de Autor (según el Tribunal) equivale a la realización de una copia privada, que se podría realizar sin la autorización

⁵⁹³ Sentencia 67/10 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010 (de aquí en adelante: Sentencia elrincondejesus.com). Con anterioridad se había dictado el Auto nº 138/09, sobre el Procedimiento nº 401/09. Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona. (en adelante Auto 138/09), de contenido y conclusiones parejas a la Sentencia.

⁵⁹⁴ Ídem. Fundamento Jurídico Tercero.

de su autor, ni de cualquier otro titular de derechos asimilados a los de este; puesto que existiría una habilitación legal en este sentido. Para el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona tal afirmación se sostiene puesto que: (a) las obras que circulan por la redes P2P ya se han divulgado, como demuestra el simple hecho de que se encuentren en tales redes. Siendo así que cuando un usuario introduce en su carpeta compartida una obra sujeta al Derecho de Autor, esta obra inmediatamente se transmuta en otra dimensión legal en la que el derecho de propiedad no existe o deja de importar: El “*gran almacén*” que es Internet, según el juez competente en el que (b) el acto de descargar, cargar, o compartir (es decir reproducir) una obra sujeta a derecho autor a través de una red P2P en ningún caso puede ser considerado lucrativo (es por esto que resultaba tan importante definir de manera extensiva lo que fuera el “*ánimo de lucro*” penal, puesto que por supuesto, la inmensa mayoría de los usuarios que descargan obras sujetas al Derecho de Autor de Internet no tienen lo que se entendía por la Circular 1/2006 por “*ánimo de lucro comercial*”), a no ser que el usuario realice una utilización lucrativa de la obra con posterioridad a habérsela descargado (entendemos que por ejemplo, fijarla en DVD’s y venderla a la puerta de los grandes almacenes FNAC; puesto que de acuerdo con la Sentencia en la Red prácticamente no se pueden realizar usos lucrativos); y (c) Finalmente, el compartir archivos a través de una red P2P no se ha de considerar en ningún caso una utilización colectiva de la obra, a pesar de que a través de ese acto se esté ofreciendo la obra para su reproducción a cualquier usuario que se halle conectado a Internet a lo largo y a lo ancho del planeta Tierra (una vez más a no ser que se haga una utilización colectiva posterior, entendemos que por ejemplo retransmitirla a través de una televisión local). Aún hay más:

“Asimismo, respecto del límite de la copia privada es preciso añadir que el art.31.2 en su redacción vigente que trae causa de la Directiva Sociedad de la Información exige que la copia privada se haga a partir de obras a las que haya accedido legalmente, poniendo así el acento en la nota de licitud o legalidad del acceso y no en la licitud o legalidad de la fuente. En el marco de las redes P2P, resulta dudoso y complejo el examen en cada caso de la legalidad de la fuente. Pero esto no es la exigencia de la Ley de Propiedad intelectual, que habla de legalidad del acceso y no de la fuente, de tal manera que la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red. La copia de la obra una

vez descargada mediante el sistema de intercambio privado queda guardada en el disco duro del ordenador o bien es grabada en un CD, DVD regrabable o en un disco duro portátil. Y es preciso recordar en este punto, que precisamente por ser elementos susceptibles de recibir copias privadas de obras protegidas por propiedad intelectual, todos estos instrumentos y aparatos están gravados por el correspondiente canon o compensación equitativa a que se refiere el art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y que redunde en beneficio de la aquí actora y en general de los titulares de los derechos de explotación de la obra.”⁵⁹⁵ .

De este párrafo cabría deducir principalmente dos cosas: (a) que los usuarios acceden legalmente a una obra, incluso en contra de la voluntad del titular de derechos sobre la misma, mediante la contratación del servicio de Internet, tal y como si entrarán en un restaurante de los del tipo denominado “buffer”, y sin importar que el prestador de servicios de la sociedad de información, ya sea proveedor de servicio de conexión a Internet (por ejemplo, TELEFÓNICA), o proveedor de servicios de red P2P (la red eDonkey), o proveedor de servicios de almacenamiento o “cyberlocking” (MEGAUPLOAD), dispongan los derechos de explotación sobre la obra u obras reproducidas, o dispongan de la capacidad legal para licenciar el derecho de reproducción sobre las mismas; y (b) que el objeto del llamado “*canon digital*” (es decir, de la compensación equitativa por copia privada) era efectivamente compensar a los titulares de derechos por los actos de piratería. Es decir, que los usuarios estarían habilitados para copiar a voluntad, y que se compensaría entonces a los auténticos titulares de derechos sobre la obra a través del reparto de la tasa sobre aparatos y soportes digitales. Por lo tanto la sentencia Elrincondejesus.com resulta la plasmación práctica, negro sobre blanco, en una Sentencia dictada por un Tribunal competente del Orden Jurídico Civil del Reino de España; plasmación práctica. repito, de lo que ya habíamos apuntado: en España se ha experimentado con un nuevo modelo de propiedad intelectual, modelo por el cual se legalizaba la reproducción por los usuarios de cualquier obra, aún en contra de la voluntad del titular de su derecho de propiedad, y se compensaba tal expolio práctico a través del canon digital; tasa que se repercutía indiscriminadamente tanto a personas físicas como a personas jurídicas y cuyo hecho imponible era la comercialización de prácticamente cualquier equipo con capacidad de reproducir o un archivo digital (excepto los ordenadores personales, por un efecto imitativo del derecho norteamericano) cuya recaudación (unos 120 millones de euros anuales) se

⁵⁹⁵ Ídem.

redistribuía a los titulares de derecho a través de las Entidades de gestión. ¿Se encontraría el juez de esta Sentencia constatando una realidad evidente? Recapitulemos:

En cuanto a la divulgación de la Obra, la Sentencia considera que las obras que circulan en Internet “*generalmente ya se han divulgado*”⁵⁹⁶, por tanto el que se encuentre una obra disponible en una red P2P, siempre según la Sentencia, permitiría que se articulase una presunción “*iuris tantum*” en el sentido de que la obra está efectivamente divulgada y cumple por tanto en principio con este requisito del art 31.2 del LPI. Tanto en la Sentencia como el Auto 138/09, el Magistrado Ponente reitera la existencia de el “*gran almacén*” de Internet, donde presuntamente no rige el Derecho de Autor.

La Sentencia realiza un insólito distingo entre “*legalidad de acceso a la obra*” y “*legalidad de la fuente*”, indicando que para el Artículo 31.2. de la LPI lo que cuenta es la legalidad de acceso a la obra para que se den las condiciones bajo las cuales una acto de reproducción es subsumible en el límite de copia privada. Esta es otra distinción “*novedosa*” que entiende que una vez que el usuario posee un archivo digitalizado de la obra, compatible con las redes P2P, de forma estable en su ordenador, este archivo podría reproducirse libre e indiscriminadamente. En el texto del Auto 138/09 (no olvidemos, citando jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona) se señala que “*resultaría una investigación técnica realmente compleja averiguar qué archivos fueron reproducidos, digitalizados por un usuario de la red P2P y cuales lo fueron por los titulares de los derechos de explotación*”⁵⁹⁷. Es decir, qué reproducciones han sido hechas de una copia a la que el usuario hubiera accedido legalmente (en el sentido, suponemos, de que por ejemplo la hubiera comprado en EL CORTE INGLÉS, como por cierto se exige en la nueva potencial regulación del límite contenida en el PMLPI 2014), y qué reproducciones son de hecho copia de una copia. Esto significaría de alguna manera que se rompería un hipotético nexo causal de legalidad sucesiva de fuente⁵⁹⁸ en las sucesivas copias, y que se legalizarían de hecho todas las copias realizadas “*a posteriori*” sobre tal copia privada, tanto en la red como fuera de ella, que “*heredarían*” este carácter de copia privada legítima.

⁵⁹⁶ Idem.

⁵⁹⁷ Auto 138/09. Pág. 5.

⁵⁹⁸ En el sentido que, suponemos, le dan el Auto y la Sentencia.

También se señala en la Sentencia Elrincondejesus.com, que el único requisito sobre elemento del “*acceso legal*” establecido en el Artículo 31.2. de la LPI, es que la persona física que realice la copia privada acceda legalmente a la obra, y este requisito de legalidad de acceso se satisface de algún modo por el usuario de redes P2P por medio del contrato suscrito con el proveedor de servicios de Internet. Es decir, que el acceso legal del usuario a la Red sin más le habilitaría, siempre según la Sentencia, para reproducir archivos que contengan obras protegidas por el Derecho de Autor. Concretamente la Sentencia señala literalmente que “*la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red.*”^{599 600}. Es decir, que si yo comprase una entrada para un cine, podría acceder a la sala de proyecciones, y llevarme las bobinas de la película a mi casa.

El límite de copia privada al derecho de reproducción de los autores con respecto a sus obras, se encuentra directamente condicionado, según la LPI, a que la utilización posterior que se haga de la copia privada no sea “*colectiva o lucrativa*”⁶⁰¹. Esta restricción al límite de copia privada, condicionada a la utilización que se haga de dicha copia no es aplicable según el Magistrado Ponente el ámbito de las redes P2P. El Auto 138/09 y en la Sentencia Elrincondejesus.com se puede leer en el sentido de que “*...estas dos expresiones [colectiva o lucrativa] se refieren a la posterior utilización que se hace de la obra una vez descargada, una vez obtenida la copia. Salvo los casos en que se haga una utilización en un ámbito público o con una finalidad lucrativa, claro está.*”^{602 603}.

⁵⁹⁹ Sentencia Elrincondejesus.com, Pág. 6.

⁶⁰⁰ Pero, por ejemplo la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, señala en su Artículo 1 “*Con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros, salvo lo dispuesto en el artículo 6, reconocerán el Derecho de Autorizar o prohibir el alquiler y préstamo de originales y copias de obras protegidas por el Derecho de Autor y demás objetos mencionados en el apartado 1 del artículo 3. 2. Los derechos a que se refiere el apartado 1 no se agotan en caso de venta o de otro acto de difusión de originales y copias de obras protegidas por el Derecho de Autor u otros objetos mencionados en el apartado 1 del artículo 3.*”. Aunque la Directiva trata sobre los derechos de alquiler y préstamo sobre obras protegidas por el Derecho de Autor, parece claro que el que una obra este “*en el gran almacén que es Internet*” (como dice la Sentencia) no significa que el autor haya perdido o renunciado a cualquier derechos sobre ella.

⁶⁰¹ TRLPI. Artículo 31.2. V. nota nº 92

⁶⁰² Comentaremos este párrafo más adelante.

⁶⁰³ Auto 138/09 Pág. 5; y Sentencia elrincondejesus.com, Pág. 6.

Es decir, que si el usuario una vez descargada la obra realiza una utilización “*no colectiva*”⁶⁰⁴, o “*no lucrativa*” de la misma, el archivo descargado gozaría de la consideración legal de copia privada. Suponemos que esta utilización se habría de circunscribir a su disfrute privado y familiar; aunque siguiendo la lógica de la Sentencia, tal utilización del archivo (que no ha de resultar “*ni colectiva, ni lucrativa*”) incluye poner a disposición la obra en una red P2P para su potencial copia masiva por un número indeterminado de usuarios conectados a ella. No obstante, si la utilización de la obra descargada por el usuario se destinase a otros usos realizados “*...en un ámbito público o con una finalidad lucrativa....*”⁶⁰⁵, como suponemos supondría por ejemplo exhibir la obra en un video comunitario, o comercializar copias de la obra fijadas en un soporte tangible, este hipotético nexo causal antes citado se rompería, y el titular de derechos de explotación sobre una obra, de acuerdo con la LPI, recuperaría tales derechos; aunque suponemos que solamente frente a ese usuario determinado que ha realizado una actividad colectiva o lucrativa ilícita, lo cual no representaría económicamente un consuelo demasiado reconfortante para el titular de derechos de explotación sobre la obra.

Se argumenta además en la Sentencia Elrincondejesus.com, como hemos visto (aunque no en el Auto) lo siguiente con respecto al canon o compensación equitativa por copia privada, que se recogía en el artículo 25 de la LPI:

*“Y es preciso recordar en este punto, que precisamente por ser elementos susceptibles de recibir copias privadas de obras protegidas por propiedad intelectual, todos estos instrumentos y aparatos están gravados por el correspondiente canon o compensación equitativa a que se refiere el art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y que redunda en beneficio de la aquí actora y en general de los titulares de los derechos de explotación de la obra.”*⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Utilización de la que se ha dicho: “*aún interpretada restrictivamente, abarca todos aquellos casos en que la obra se comparte con usuarios ajenos al círculo familiar o íntimo del copista*” Caso Ps2rip.net. Pág. 4. Fundamento Jurídico 2º; citando el Auto 201/09, Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª de 16 de septiembre de 2009; a su vez citando la Sentencia 40/2008 de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1ª de 18 de febrero.

⁶⁰⁵ Auto 138/09 Pág. 5; y Sentencia elrincondejesus.com, Pág. 6.

⁶⁰⁶ Sentencia elrincondejesus.com, Pág. 6.

Es decir, la Sentencia da la razón a la creencia popular consistente en que el usuario ya pagaba la reproducción no autorizada (el “pirateo”) que realizase de la obra sujeta al Derecho de Autor ajeno, mediante el abono del canon digital (aunque, por ejemplo, los ordenadores personales no se encontrasen gravados por el canon digital). Esta línea de argumentación pseudo-jurídica choca frontalmente con lo preceptuado en los artículos 33 y 38 de la CE del 78; es decir, con el derecho fundamental de propiedad y con la propia economía de mercado. El sistema propuesto resulta completamente adecuado para un país con un régimen político totalitario, pero no para una democracia de corte liberal o socialdemócrata (es decir, democrático), puesto que ¿Qué ocurre con el derecho de propiedad? ¿Y con la economía de mercado? ¿Y con los derechos morales? ¿Y si el titular desea que su obra no se difunda? ¿Y por qué los autores han de transigir que una entidad en régimen práctico de monopolio en su ámbito artístico, industrial, editorial (las Entidades de gestión) les retribuyan por la reproducción no autorizada de sus obras, en lugar de explotárselas directamente en la Red? ¿Y qué ocurre si el siguiente gobierno democráticamente elegido por los españoles opta por cambiar este sistema, eliminando la tasa, asumiendo el pago de la compensación, y reduciendo esta de 120 millones de euros anuales a 5 (remuneración compensatoria por copia privada que realmente corresponde a las copias privadas que se hagan por personas físicas con un acceso legal a la obra “*sensu stricto*”, por razones de “*space-shifting*”, o “*format shifting*”)? ¿Cómo se retribuye entonces a los titulares de derecho por la reproducción generalizada e indiscriminada de sus obras en de la Red?

Hay que señalar que la Sentencia Elrincondejesus.com fue recurrida por la parte demandante, recurso que se sustanció en la Sentencia 83/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de febrero 2011 (de aquí en adelante Sentencia de apelación Elrincondejesus.com). La Sentencia de Apelación corrige en parte el despropósito causado en primera instancia, y sobre el cual hemos abundado en las páginas inmediatamente anteriores:

“No queda acreditado que los archivos musicales hayan sido “colgados” por el demandado en su propia web, lo cual hubiera supuesto un acto de reproducción del art. 18 del TRLPI, no amparado por la excepción de uso privado del art. 31.2 del TRLPI. Pero es sí que a través de la página web se permite la reproducción al facilitar el usuario de la

*web la descarga directa, y la comunicación pública, al facilitarle la posibilidad de escuchar el contenido de un archivo musical”*⁶⁰⁷ .

Y:

*“En una red de archivos compartidos P2P, quien, disponiendo de un archivo musical o de una película, lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente P2P, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la sección del art. 31.2 del TRLPI pues no cabría hablar de uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público, y por ello realiza un acto de comunicación pública previsto el art. 20.2.i) del TRLPP”*⁶⁰⁸ .

Por tanto, la Audiencia Provincial de Barcelona se encarga no por una, sino por dos veces, de explicitar que el intercambio archivos a través de la Red se halla lejos de los actos que pueden circunscribirse legalmente al límite de copias privada, tal y como se señalaba expresamente por el Tribunal de Primera Instancia.

Hagamos aquí un pequeño, aunque a mi juicio necesario inciso. ¿Recuerda el lector que al principio del presente epígrafe explicábamos que la mayoría de las sentencias dictadas en España relativas al tema de las descargas no autorizadas a través de redes P2P se circunscribían no al desarrollo de los programas P2P propiamente dichos (programas como por ejemplo NAPSTER, GROKSTER, y KAZAA), sino a la actividad desarrollada por parte de las páginas de enlaces? ¿Recuerda asimismo el lector que apuntábamos que la única excepción relativa a un creador de programas P2P en nuestro país era el caso Pablo Soto, creador de los programas P2P BLUBSTER, PIOLET, y MANOLITO P2P? Pues bien, la Sentencia absolutoria en el caso Pablo Soto (el reverso legal de la sentencia GROKSTER dictada por los tribunales norteamericanos, y que merecería una tesis en si misma), se lee en parte como sigue:

“...la jurisprudencia existente al respecto presupuestos no similares, al tratarse no de casos en que el demandado sea un desarrollador de programas de ordenador, pero sí de supuestos en los que se analiza la conducta de los prestadores de servicios de

⁶⁰⁷ Sentencia 83/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de febrero 2011. Fundamento Jurídico 2º.

⁶⁰⁸ Ídem. Fundamento Jurídico 5º.

*intermediación de la sociedad de la información que son utilizados por terceros para infringir derechos de propiedad intelectual, coincidiendo las sentencias firmes hasta la fecha, sin considerar que no existe infracción de propiedad intelectual y que el hecho de facilitarla no es una actividad prohibida en nuestra legislación. Así la sentencia del jurado lo mercantil nº 7 de Barcelona de fecha 9 de marzo de 2010 que desestima la demanda interpuesta por la sociedad de gestión SGAE contra la web Elrincondejesus.com considerando la sentencia que la actividad de enlazar a obras gestionadas por SGAE y difundidas en redes P2P sin la autorización de la entidad de gestión no constituye infracción alguna de derechos de propiedad intelectual...*⁶⁰⁹.

Por tanto podemos observar aquí por qué resulta tan importante, e insistimos tanto sobre lo perjudicial que ha resultado para la efectividad del Derecho de Autor en España la perversión del límite de copia privada. Su importancia deriva directamente de la insoportable complejidad de las leyes sobre el Derecho de Autor, y de la inexistencia de una Sentencia dictada por un tribunal superior que dicte jurisprudencia a todos los tribunales españoles, lo que provoca un sustancial “*desorden conceptual*” en nuestro país. Tenemos sin embargo una sentencia del Orden Jurídico Civil (Elrincondejesus.com), que aunque revocada en este punto, nos dice que la descarga a través de redes P2P de obras sujetas al Derecho de Autor es lícita de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico Español, puesto que estaríamos hablando de una copia privada autorizada legalmente que el usuario realiza en su ordenador. Si la actividad de reproducción no autorizada a través de una vez P2P es legal, entonces, los actos de enlazar a estas redes han de ser necesariamente legales desde el punto de vista lógico; no sólo porque la facilitación de esta actividad no se halle tipificada (hasta ahora) en la Ley Penal Española⁶¹⁰, sino porque (lógicamente) el acto de facilitación de una actividad lícita ha de ser necesariamente un acto lícito. Entonces, la creación de un programa de ordenador destinado principalmente (con todas las cautelas jurídicas que se quieran: descentralización, posibilidad de descarga de obras que no estén sujetas al derecho autor) a reproducir sin autorización obras sujetas al Derecho de Autor también ha de ser lícito, como señala la Sentencia. Por tanto, una aberración jurídica se apoya en otra, y así consecutivamente...

⁶⁰⁹ Sentencia 00244/2011 del juzgado mercantil nº 4 de Madrid, de 25 de noviembre de 2011. Págs. 7-8.

⁶¹⁰ V. Auto nº 554/10 de 11 de septiembre de 2008 Audiencia Provincial Madrid; Auto Nº 161/2010, de la Audiencia provincial de Alicante; Auto nº 214/10 de la Audiencia Provincial de Cantabria;

No obstante, el daño ya está hecho. Las sentencias absolutorias basadas en el argumento jurídico de que las descargas se hallan protegidas por el límite contemplado en el art. 31.2 de la LPI resultaron extensamente publicitadas por los medios de comunicación. Una gran parte de la sociedad española cree que descargar archivos en de Red es realizar copias privadas, lo cual resulta lógico, si recordamos que estos actor de reproducción no autorizada, según la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, se hallan amparados por el límite de copia privada.

Por tanto, queda demostrado que los vaivenes de la jurisprudencia española con respecto a si las descargas caen dentro del ámbito de actuación del límite de copia privada al derecho de reproducción de los autores. Si resulta difícil para los profesionales del derecho adivinar cuál sea la ley aplicable, nos podemos imaginar el “*desorden conceptual*” en que se han de hallar sin remedio los usuarios. Como expondré más adelante, no está en mi ánimo utilizar el derecho penal contra los usuarios que se descarguen de manera no autorizada obras de la Red. Ni siquiera recomiendo una actuación civil contra la inmensa mayoría de ellos. No obstante, es crucial que la Ley, sin ambages, prescriba que los actos de reproducción no autorizada de obras protegidas por el derecho autor son actos ilícitos; que el acto de descargarse una obra sin autorización desde la Red, aparte de un acto de dudosa ética, es un acto ilícito. Se trata de dotar de coherencia interna un sistema jurídico a todas luces incoherente e inoperante. No se puede luchar contra la piratería con leyes ambiguas, matizadas por actos administrativos, a su vez matizados por jurisprudencia radicalmente contradictoria entre sí.

El experimento realizado con la compensación equitativa por copia privada: (el canon digital).

a) Notas sobre el canon digital “amplio”.

Nos explica TORRES que “*La creación de una obra o producto del intelecto implica una inversión de recursos económicos, técnicos, humanos que normalmente se ha de remunerar por la explotación económica; a través de la venta, alquiler o arrendamiento o de los ejemplares de una obra o producción. Al aceptar la copia privada las posibilidades de venta, es decir, en los términos del Convenio de Berna, al atentar contra la normal explotación de la obra y perjudicar*

injustificadamente los legítimos intereses del autor, se establece la remuneración⁶¹¹ por copia privada para compensar los beneficios económicos que dejan de percibir por esta forma de explotación de la obra”⁶¹². Esta es la “ratio legis” de la compensación equitativa por copia privada.

Aunque volveremos hablar de la compensación equitativa por copia privada más abajo (concretamente en el capítulo en que analizaremos los elementos o requisitos taxativos y necesarios para que resulte de aplicación el límite, según el artículo 31.2 de la LPI), podemos adelantar aquí que la compensación equitativa es un elemento preciso y sustancial si se aplica el límite, ya desde su aparición en Alemania durante los años 60. Desde un principio a través de la aplicación del límite se permitía legalmente a los usuarios realizar copias privadas analógicas a cambio de repercutir a estos una tasa o canon sobre los aparatos o soportes analógicos con capacidad o de realizar tales copias o de albergarlas, con cuyo montante acumulado se compensaría a los autores por los perjuicios económicos causados por la realización privada de copias analógicas no directamente autorizadas por su titular de derechos. Este elemento del límite de copia privada se recoge expresamente en el artículo 5.2 (b) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (de aquí en adelante DDASI), en donde se prescribe lo siguiente:

“5.2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;”

⁶¹¹ Como veremos, remuneración es un concepto diferente a compensación; y la autora utiliza aquí compensación porque su artículo fue escrito en el año 2000.

⁶¹² TORRES, MÓNICA, «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización», X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales. Madrid, 2000. Pág. 12.

Es decir, que puesto que la DDASI resulta de transposición obligatoria por parte de los Estados miembros, y aunque la adopción del límite de copia privada por parte de un Estado Miembro de la UE es facultativo, si este Estado Miembro decide desarrollar en su ordenamiento jurídico sobre el Derecho de Autor el límite de copia privada, deberá obligatoriamente arbitrar además un procedimiento (y sobre el modelo a utilizar por parte del Estado en cuestión la DDASI otorga gran libertad) con el objeto de compensar a los titulares de derechos de autor por la realización de copias privadas por parte de los beneficiarios de dicho límite legal. Dicho de otra manera: no puede existir el límite de copia privada al derecho de reproducción sin que se arbitre legalmente una simultánea compensación equitativa a los titulares de tal derecho que el límite menoscaba ⁶¹³ . Así se recoge, como no podía ser de otra manera, en el vigente artículo 31.2 de la LPI ⁶¹⁴ :

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador”.

Así, el artículo 31.2 de la LPI ⁶¹⁵ , sustituía a la denominación tradicional “*remuneración compensatoria*” por la denominación “*compensación equitativa*”; denominación importada

⁶¹³ LÓPEZ MAZA nos explica que esto es debido a que “*los Estados no pueden admitir sin más la copia privada, sino que deben prever algún tipo de remuneración. De no hacerlo, se vulneraría la regla de los tres pasos*”. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 244.

⁶¹⁴ La legislación española lo contempla por primera vez en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, y se recogió posteriormente de manera más expresa en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; modificado por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

⁶¹⁵ Modificado asimismo por la Ley 23/2006, de 7 de julio.

directamente de la DDASI⁶¹⁶. Además, el extensísimo y muy específico artículo 25 de la LPI⁶¹⁷ (de una especificidad casi reglamentaria⁶¹⁸) señalaba en su apartado primero que:

“La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes”.

Este artículo 25 de la LPI asimismo enumeraba en su punto 4 quienes eran los sujetos obligados legalmente por la compensación equitativa:

“En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1, serán:

Deudores: Los fabricantes en España, en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y soportes materiales previstos en el apartado 2.

Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y soportes materiales, responderán del pago de la compensación solidariamente con los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la compensación y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 14, 15 y 20.

⁶¹⁶ Profundizaremos sobre este tema en la Pág. 794 y ss.

⁶¹⁷ Modificado asimismo por la Ley 23/2006, de 7 de julio.

⁶¹⁸ He considerado más conveniente reproducir la totalidad del artículo en la parte más técnica desde el punto de vista jurídico de este trabajo: la dedicada al análisis jurídico-científico de los elementos del artículo 31.2 de la LPI, en donde asimismo reproduzco sus versiones anteriores de 1987, 1992, y 1994, así como la reforma que se propone por el gobierno actual. El artículo se halla por tanto reproducido en su totalidad en la nota a pie de página nº 1872.

Acreeedores: Los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas”.

Es decir, que los deudores legales en el extinto sistema de canon digital eran los fabricantes y minoristas de equipos y soportes hábiles para realizar reproducciones, siendo responsables solidarios los distribuidores, mayoristas y minoristas. Los beneficiarios o acreedores de la recaudación resultante de la tasa eran los titulares del derecho de reproducción sobre obras sujetas al Derecho de Autor, así como sus asimilados legales. En realidad, la tasa o canon se repercutía a los usuarios, sin realizar distingo alguno entre personas físicas o jurídicas, y por tanto contradiciendo la regulación sobre titularidad legal del límite expresada en el artículo 31.2 de la LPI; artículo que expresamente prescribe (y prescribirá si se aprueba la reforma de la LPI prevista) que los beneficiarios del límite de copia privada habrán de ser exclusiva y necesariamente personas físicas. En cuanto al reparto de lo recaudado en concepto de remuneración compensatoria o compensación equitativa, el artículo 25.8 concedía un monopolio legal para realizar este reparto a las Entidades de gestión de Derechos de Propiedad Intelectual ⁶¹⁹ .

El Artículo 25 de la LPI distinguía entre copia privada analógica y digital. Para la copia privada analógica el artículo 25.5 enumeraba de manera directa y precisa exactamente qué aparatos o equipos y qué soportes se encontraban gravados por el canon digital, y a cuánto ascendía el montante de la tasa en cada caso concreto. Sin embargo, para especificar el importe exacto de la tasa por razón de la realización de copias privadas digitales, el artículo 25.6 de la LPI se remitía a una futura Orden Ministerial conjunta de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y

⁶¹⁹ En España se reconocen legalmente por sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual: 1) Sociedad General de Autores y Editores (en adelante SGAE); 2) Centro Español de Derechos Reprográficos (en adelante CEDRO); 3) Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (en adelante AGEDI); 4) Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (en adelante AIE); 5) Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (en adelante VEGAP); 6) Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (en adelante EGEDA); 7) Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (en adelante AISGE); 8) Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (en adelante DAMA). De estas entidades, la más importante por número de afiliados, por el espectro de derechos que cubre, y por el montante anual de su recaudación es la primera, es decir la SGAE.

Comercio, y habría arbitrado unas reglas básicas para la negociación que se habría de llevar a cabo entre los sectores implicados. En tanto y cuando se aprobara tal Orden Ministerial, la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006 señalaba en su punto primero que *“Por lo que se refiere a los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, y hasta que se apruebe la orden ministerial a que se refiere la regla 3ª del apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la compensación aplicable será la establecida en los acuerdos suscritos entre las Entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones representativas de los deudores del pago por copia privada”*, enumerando a continuación todos los aparatos y soportes en principio sujetos a la tasa, así como el importe de la tasa para cada uno de ellos. Entre los aparatos y soportes gravados se encontraban prácticamente todos los que, o todos los en que, en ese momento pudieran, o en que los se pudieran, realizar copias digitales, excepto los discos duros de ordenador, ya que estos quedaban excluidos por el artículo 25.7 b) de la LPI.

Tras una muy complicada negociación entre los sectores implicados, que motivó el incumplimiento de los plazos establecidos en la LPI ⁶²⁰, finalmente se aprobó la Orden Ministerial PRE/1743/2008, que aunque presentaba algunas diferencias respecto a la Disposición Transitoria Única, en lo esencial establecía lo mismo que esta: se gravaban en la práctica todos los aparatos y soportes desde los que, o en los que se pudieran realizar copias digitales, excepto los discos duros de ordenador ⁶²¹.

⁶²⁰ Para una excelente recapitulación sobre el proceso negociador, y sobre los equipos y soportes finalmente gravados por la tasa v. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 259 y ss.

⁶²¹ Por mi parte no dudo que el legislador hubiera alcanzado la felicidad completa de haber podido incluir los discos duros de ordenador entre los aparatos gravados con el canon digital, lo cual hubiera sido el culmen de su experimento sustitutivo del Derecho de Autor tradicional. Incluso las recomendaciones de algunas voces procedentes de la mejor doctrina, como la de CARBAJO GASCÓN, iban en este sentido: *“Habría que pensar, por tanto, en la imposición legal del canon por copia privada los equipos y materiales que sirvan para la reproducción de contenidos protegidos a través de los sistemas P2P: extendido el canon a los soportes tangibles (CD-R y DVD-R audio y data), habrá que empezar a pensar en imponer canon a los soportes intangibles, esto es al hardware de almacenamiento: Los discos duros de los ordenadores y otros equipos informáticos y también discos duros portátiles o instrumentos similares”*. CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 16, 2004. Pág. 52. No obstante, esta solución hubiera diferido de la adoptada en la mayoría de los países de nuestro entorno económico y cultural, por lo que cabe deducir que el legislador no se atrevió a dar este paso. Ver mi análisis sobre el caso DIAMOND de los tribunales de los EE.UU. Pág. 654 y ss.

Las consecuencias prácticas que este desmesurado gravamen sobre todo tipo de equipos y soportes trajo consigo se pueden resumir básicamente en dos: a) la recaudación en concepto de compensación equitativa por copia privada digital se disparó; y b) algunas Entidades de gestión resultaron inmensamente beneficiadas en detrimento de otras ⁶²².

Precisamente aquí, hemos de recordar lo señalado más arriba: simultáneamente a la ampliación del canon se despenalizaban las descargas por parte de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, y siguiendo a esta por parte de numerosas decisiones judiciales tanto del Orden Jurídico Penal como del Civil, esgrimiendo el consabido argumento de que cuando un usuario descargara sin autorización una obra protegida por el Derecho de Autor de la Red estaría realizando un acto amparado por el límite de copia privada. Por tanto, en la práctica, se arbitró un sistema en qué la piratería resultaba lícita, y la compensación por la piratería (no la compensación tradicional por la realización de copias privadas de un original al que se hubiera en verdad accedido legalmente) corría a cargo de los usuarios (y de las personas jurídicas no “*usuarias*” en el sentido en que venimos utilizando la palabra en este trabajo), que la financiaban al adquirir equipos y soportes con la capacidad de realizar reproducciones en formato digital. La tasa resultaba así indiscriminada en dos direcciones: a) gravaba un amplio abanico de equipos y soportes ⁶²³, y b) se terminaba por

⁶²² “En efecto, la inclusión a partir de julio de 2008 en el gravamen de todo tipo de soportes desde reproductores MP3 y MP4, PDA, televisiones con disco duro o memorias flash-USB, y la rebaja de otras tarifas -como la de las fotocopiadoras, CD y DVD vírgenes-, disparó la recaudación que perciben las sociedades de gestión que representan a los artistas audiovisuales, al tiempo que ha hundido la de los editores y escritores (Cedro), que han visto descender sus ingresos un 41% hasta los 22 millones de euros. Se podría decir, por tanto, que si el canon salva a unos (músicos y gentes dedicadas a lo audiovisual), no satisface a otros (los oficinistas de los asuntos del papel).

En conjunto, la recaudación por el canon en 2009 ascendió a alrededor de 90 millones de euros, con un aumento respecto a los 83,3 millones de euros de 2008 pero sin alcanzar aún el nivel de 2007, cuando se recaudaron 97 millones de 2007, según datos provisionales de las sociedades de gestión” SEISDEDOS, IKER y MUÑOZ, RAMÓN, *El canon salva las cuentas de la SGAE*, Diario El País, 25 de febrero de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/02/25/cultura/1267052401_850215.html, (Consultado por última vez el 16 de febrero de 2013).

⁶²³ Todos, menos los discos duros de ordenador según el artículo 25.7 b) de la LPI: “Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6 sin que en ningún caso pueda extenderse esta exclusión a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción”; y los incluidos en el artículo 15.2 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre (que ha estado vigente hasta la desaparición del canon): “2. Se exceptúan de la obligación de remuneración compensatoria:

a) Los siguientes equipos o aparatos de grabación sonora:

1. Aparatos de grabación sobre <microcassettes>, destinados exclusivamente al dictado.

2. Contestadores telefónicos.

3. Aparatos de grabación destinados exclusivamente a aeronaves.

b) Los siguientes soportes para grabación exclusivamente sonora:

1. Cintas magnéticas en bobina de un 1/4 de pulgada.

2. <Microcassettes> para dictáfonos y contestadores automáticos.

repercutir a todo tipo de personas: físicas o jurídicas (incluso a las Administraciones Públicas). Además, la Entidad de Gestión más beneficiada por la tasa, la SGAE, alcanzó un poder desmesurado en directa conexión con su ingente recaudación por razón del canon digital, que a la postre redundaría en un escándalo de corrupción que terminaría con todo su equipo directivo ante los tribunales de justicia ⁶²⁴. Por si esto fuera poco, muchos de los usuarios protestaban de manera airada alegando alternativamente que: (a) el canon iba contra el principio fundamental de presunción de inocencia, ya que se les cobraba aunque no realizaran el acto ilícito de piratear obras protegidas por el Derecho de Autor; (b) el acto ilícito de piratear obras protegidas por el Derecho de Autor no era en realidad tal, ya que el pago del canon digital lo convertía en lícito. La realidad es que el canon digital, o la compensación equitativa por razón del límite de copia privada no era en realidad tal, puesto que compensaba mucho más que el acto de la realización de una copia privada: compensaba por la piratería. Entonces, el problema de tal repercusión indiscriminada, como señala acertadamente MINERO, resultaba ser más de fondo que una simple exacción errónea. El radicaba en qué era lo que se compensaba (la piratería) mucho más que a quien se repercutía la tasa. Así MINERO escribe: *“En otras palabras, el problema de fondo no es la delimitación ex ante de los sujetos que deban pagar la compensación equitativa, sino, más bien, la especificación del supuesto de hecho que da origen a ese gravamen. De ser la copia privada de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, está claro que el actual sistema español no responde adecuadamente a ello, pues se grava todo aquello –equipos, aparatos y soportes materiales que sea idóneo para la realización o el almacenamiento de tales reproducciones, con independencia de que ese sea su efectivo uso final y, sobre todo, con independencia de que tal reproducción haya sido o no autorizada por el titular del derecho de propiedad intelectual afectado”* ⁶²⁵. Por tanto, quedaba claro que lo que se había arbitrado era un

3. <Compact cassettes> de duración inferior a cuarenta y cinco minutos para utilización en ordenadores.

c) Los equipos o aparatos de grabación audiovisual:

1. Que utilicen cintas de pago igual o superior a 12,7 milímetros o media pulgada.

2. Los que no tengan la posibilidad de grabar de otras fuentes de reproducción o grabación.

d) Los soportes utilizables para fijación de obras y de grabaciones audiovisuales que consistan en:

1. Cintas de pago igual o superior a 12,7 milímetros o media pulgada.

2. Cintas para uso exclusivo en videocámaras formato VHS-C y 8 milímetros de duración igual o inferior a 90 minutos”.

⁶²⁴ V. PRIETO, DARÍO, *Teddy Bautista deja la presidencia de la SGAE tras el escándalo de corrupción*, Diario El Mundo, 12 de julio de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/07/12/cultura/1310482969.html>, (consultado por última vez el 16 de febrero de 2012).

⁶²⁵ MINERO ALEJANDRE, GEMMA. *El Futuro Incierto de la Regulación Española de la Compensación Equitativa por Copia Privada*, Revista jurídica, N° 22, Págs. 171-195, 2010. Pág. 174.

supuesto sistema de compensación equitativa de las copias privadas, que en realidad se repercutía a sujetos de derecho que no se encontraban legalmente habilitados para realizar copias privadas (las personas jurídicas) para compensar supuestos de hecho que en ningún caso deberían haber entrado en el ámbito de actuación del límite, puesto que no se había realizado un “acceso legal”.

Por ello, a pesar de que se siguieran los argumentos de la Circular 1/2006 de la fiscalía General del Estado (verbigracia, que el acceso a una obra través de una red P2P resultaba un “acceso legal”, y que la descarga a través de una de estas redes habría de resultar considerado legalmente como un acto de copia privada) existía un argumento formalmente insalvable: la copia privada de acuerdo al artículo 31.2 de la LPI sólo podría ser realizada por una persona física, y el canon digital se repercutía de manera indiscriminada a personas físicas y jurídicas. Este punto terminaría significando el fin del experimento jurídico que constituyó la compensación encubierta de la piratería mediante el canon digital.

b) El caso PADAWAN.

Corría en mes de junio del año 2004 cuando la Entidad de Gestión SGAE reclamó a ANA MARÍA MÉNDEZ, copropietaria de la tienda barcelonesa de informática TRAXTORE sita en Barcelona (a través de la empresa PADAWAN S.L.), 48.000 euros en concepto de la compensación equitativa sobre la venta de CD's y DVD's vírgenes ⁶²⁶. MÉNDEZ se negó a abonar lo reclamado y SGAE consecuentemente interpuso una demanda contra ella. En marzo de 2006 esta causa fue sobreseída. Una semana después la Entidad de Gestión volvía a reclamar judicialmente, por otra vía, el pago de la compensación por copia privada por los CD's, DVD's y reproductores MP3 que MÉNDEZ habría comercializado entre septiembre de 2002 y septiembre de 2004. PADAWAN se opuso asimismo al pago, *“alegando que la aplicación del canon a dichos soportes digitales sin distinción y con independencia de la función a que éstos se destinen (uso privado u otra actividad profesional o comercial) es contraria a la Directiva 2001/29. Mediante sentencia de 14 de junio de 2007, el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona estimó plenamente la reclamación de la SGAE y condenó a PADAWAN al pago de una cantidad de 16.759,25 euros, más los correspondientes*

⁶²⁶ Recordemos que aunque el canon se repercute a los usuarios/consumidores, de acuerdo con el artículo 25.4 de la LPI *“Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y soportes materiales, responderán del pago de la compensación solidariamente con los deudores que se los hubieran suministrado”*. Es decir, los minoristas son los deudores de acuerdo a la Ley.

intereses legales”⁶²⁷. PADAWAN recurrió la sentencia del Juzgado de lo Mercantil en segunda instancia, y La Audiencia Provincial de Barcelona planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) una Petición de Decisión Prejudicial que incluía las siguientes cinco preguntas:

*“1) Si el concepto de «compensación equitativa» previsto en el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE (1) implica o no una armonización, con independencia de la facultad reconocida a los Estados miembros de escoger los sistemas de retribución que estimen pertinentes para hacer efectivo el derecho a una «compensación equitativa» de los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados por el establecimiento de la excepción de copia privada al derecho de reproducción”*⁶²⁸.

Es decir; *“interesa saber, en esencia, si el concepto de «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, constituye un concepto autónomo de Derecho de la Unión que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros, con independencia de la facultad reconocida a éstos para determinar las modalidades de aplicación del derecho a dicha compensación”*⁶²⁹. El TJUE, en su Sentencia de 21 de octubre de 2010⁶³⁰ comenzó por reconocer que el límite de copia privada es en términos de transposición de la Legislación Comunitaria un límite facultativo; es decir, que los Estados miembros tienen plena libertad para establecer este límite en sus respectivos ordenamientos jurídicos, o de prescindir totalmente de él. Sin embargo, continuó argumentando el TJUE, si un Estado miembro (pongamos España) introduce el límite en su ordenamiento jurídico ha de seguir los preceptos de la DDASI que lo regulan, muy especialmente en cuanto a que necesariamente ha de arbitrar un sistema de compensación equitativa que compense a los titulares del derecho de reproducción cuya autorización se sustituye por la del Estado, por razón de los perjuicios económicos que les cause la aplicación del límite. *“Procede responder a la primera cuestión que el concepto de*

⁶²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010. Pág. 7.

⁶²⁸ Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 31 de octubre de 2008 ante el TJUE. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)/Padawan, S.L. y parte interesada: Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) (Asunto C-467/08) (2009/C 19/21).

⁶²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010. Considerando 29.

⁶³⁰ MINERO hace un excelente análisis de la Sentencia en MINERO ALEJANDRE, GEMMA. *El Futuro Incierto de la Regulación Española de la Compensación Equitativa por Copia Privada*, Revista jurídica, N° 22, Págs. 171-195, 2010. Págs. 176-181.

«compensación equitativa», en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, es un concepto autónomo de Derecho de la Unión, que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros que hayan establecido una excepción de copia privada, con independencia de la facultad reconocida a éstos para determinar, dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión y, en particular, por la propia Directiva, la forma, las modalidades de financiación y de percepción y la cuantía de dicha compensación equitativa”⁶³¹. Es decir, los Estados miembros, si adoptan el límite de copia privada han de seguir en lo esencial el artículo 5.2 b) de la DDASI; que recordemos, se lee así: “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: [...] b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6”. Por tanto, si el TJUE prescribe que los Estados miembros se han de mantener en todo caso en los límites del artículo 5.2 de la de DASSI, estos no pueden repercutir el canon digital a otras personas que no tengan la consideración legal de personas físicas; es decir, no se puede repercutir el canon digital a las personas jurídicas.

La siguiente pregunta contenida la Cuestión Prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona se podía leer de la siguiente manera:

“2) Si cualquiera que sea el sistema empleado por cada Estado miembro para determinar la compensación equitativa, éste debe respetar un justo equilibrio entre los afectados, por una parte los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la excepción de copia privada, acreedores de dicha compensación, y, por otra, los obligados directa o indirectamente al pago; y si este equilibrio viene determinado por la justificación de la compensación equitativa, que es paliar el perjuicio derivado de la excepción de copia privada”⁶³².

⁶³¹ Ídem. Considerando 37.

⁶³² Petición de Decisión Prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona. Cuestión Prejudicial 2ª.

Es decir, ¿cuál es exactamente la “*ratio legis*” de la compensación equitativa? O dicho de otra manera, ¿Por qué se cobra al canon? ¿Cómo se calcula? ¿Quiénes son los obligados por el mismo? Lo que en realidad pregunta la Audiencia Provincial de Barcelona es si resulta posible conforme al Derecho Comunitario utilizar la compensación equitativa para fines distintos de aquel fundamental: compensar la realización de copias privadas por personas físicas “*sensu strictu*”; por ejemplo para compensar a los titulares de derechos de explotación por la piratería digital en la Red por medio de una tasa que no discrimina personas físicas y jurídicas; o, en palabras del propio TJUE: “*interesa saber, en esencia, si el «justo equilibrio» que ha de respetarse entre los afectados implica que la compensación equitativa deba calcularse sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia privada. Asimismo, se plantea quiénes son, además de los autores perjudicados, las personas afectadas entre quienes ha de respetarse ese «justo equilibrio»*”⁶³³. El TJUE respondió a esta cuestión que (a) el canon digital tiene por objeto estrictamente compensar a los legítimos titulares de derechos por los actos de realización de copias privadas de sus obras por parte de personas físicas; (b) que este se calcula por el potencial perjuicio causado a los titulares del derecho de reproducción estrictamente por la realización de copias privadas por estas mismas personas físicas (los usuarios) en su ámbito privado; (c) y que dada la dificultad de cobrar individualmente a cada usuario que realiza una copia privada por la realización de esta copia, o incluso de conocer con certeza exactamente qué usuarios realizan copias privadas y cuantas copias realiza cada uno de ellos, se arbitra un sistema en que se gravan los equipos y soportes digitales susceptibles de realizar tales copias, siendo los deudores legales en tal sistema los fabricantes y minoristas, pero repercutiendo estos deudores a los usuarios finales la tasa, puesto que los usuarios son las “*personas físicas que realizan copias privadas*”; es decir, quienes realizan el hecho impositivo.

Además el TJUE explicitó que, “*el «justo equilibrio» que debe respetarse entre los afectados implica que la compensación equitativa ha de calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia privada. Se ajusta a los requisitos del «justo equilibrio» la previsión de que las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y que, a este título, de derecho o de hecho, ponen esos equipos a disposición de usuarios privados o les*

⁶³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010. Considerando 38.

*prestan un servicio de reproducción sean los deudores de la financiación de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados”*⁶³⁴. Así, el TJUE construye la base lógica de su argumento, puesto que (obviamente) no se pueden considerar usuarios privados a las personas jurídicas, y mucho menos a las Administraciones Públicas.

El TJUE decidió responder de manera conjunta a las Cuestiones Prejudiciales 3ª y 4ª planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona; cuestiones estas que ya entraban directamente en el fondo del asunto:

“3) Si en los casos en que un Estado miembro opta por un sistema de gravamen o canon sobre los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, este gravamen (la compensación equitativa por copia privada) debe ir necesariamente ligado, de acuerdo con la finalidad perseguida con el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE y el contexto de esta norma, al presumible uso de aquellos equipos y materiales para realizar reproducciones beneficiadas por la excepción de copia privada, de tal modo que la aplicación del gravamen estaría justificada cuando presumiblemente los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital vayan a ser destinados a realizar copia privada, y no lo estarían en caso contrario.

*4) Si, caso de optar un Estado miembro por un sistema de «canon» por copia privada, es conforme al concepto de «compensación equitativa» la aplicación indiscriminada de referido «canon» a empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada”*⁶³⁵.

No resulta sorprendente que el TJUE decidiera responder a ambas cuestiones prejudiciales bajo mismo epígrafe, ya que se trata de la misma pregunta formulada de dos maneras distintas. La cuestión prejudicial 3ª inquiriere si la tasa por compensación equitativa ha de estar necesariamente ligada a gravar equipos y soportes destinados a realizar copias privadas; es decir, a gravar equipos

⁶³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010. Considerando 51.

⁶³⁵ Petición de Decisión Prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona. Cuestiones Prejudiciales 3ª y 4ª.

y soportes comprados por usuarios/personas físicas. La cuestión prejudicial 4ª es consecuencia lógica de la anterior, puesto que tales equipos o soportes para ser gravados por el canon han de estar destinados a la realización de copias privadas por parte usuarios/personas físicas. Entonces los equipos y soportes no destinados a estas funciones, los adquiridos por profesionales, personas jurídicas y administraciones públicas, necesariamente no deberían encontrarse sujetos al gravamen; o, en palabras del propio TJUE: *“Mediante sus cuestiones tercera y cuarta, que procede analizar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente interesa saber, en esencia, si a tenor del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 existe una necesaria vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. Asimismo, plantea si la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, es conforme con la Directiva 2001/29”*⁶³⁶.

El TJUE comenzó su argumentación conectando con la cuestión prejudicial 2ª: *“Ha de señalarse, de entrada, que un sistema de financiación de la compensación equitativa como el expuesto en los apartados 46 y 48 de la presente sentencia sólo es compatible con los requisitos del «justo equilibrio» en caso de que los equipos, aparatos y soportes de reproducción en cuestión puedan utilizarse para realizar copias privadas y, por consiguiente, puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas”*⁶³⁷. Por tanto, *“la aplicación indiscriminada del canon por copia privada en relación con todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto, citado explícitamente por el órgano jurisdiccional remitente, de que éstos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29”*⁶³⁸. Es decir; el TJUE estimó que el cobro indiscriminado del canon digital a personas físicas, personas jurídicas y Administraciones Públicas (e incluso a personas físicas que utilizaren tales aparatos y soportes para un uso estrictamente profesional), resultaba contrario a la Normativa Europea, y por

⁶³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010. Considerando 51.

⁶³⁷ Ídem. Considerando 52.

⁶³⁸ Ídem. Considerando 53.

tanto se habría de reformar. La cuestión prejudicial quinta simplemente es la aplicación de la anterior afirmación al caso español:

*“5) Si el sistema adoptado por el Estado español de aplicar el canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital de forma indiscriminada podría contrariar la Directiva 2001/29/CE, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho por copia privada que la justifica, al aplicarse en gran medida a supuestos distintos en los que no existe la limitación de derechos que justifica la compensación económica”*⁶³⁹ .

El TJUE no consideró de su competencia realizar este silogismo, remitiendo a la Audiencia Provincial de Barcelona tal labor, realizada por esta mediante Sentencia dictada tan solo unos meses más tarde, recogiendo las precisas indicaciones emanadas del TJUE, claro está ⁶⁴⁰ .

A favor de mi tesis de que el canon digital, o compensación equitativa por copia privada, era en realidad en gran parte una compensación encubierta por razón de la omnipresente piratería, contra la que por razones de oportunidad política no se atrevía a enfrentarse en España ningún gobierno, parece estar la Abogado General del TJUE, VERICA TRSTENJAK, que sus Conclusiones Generales para el caso PADAWAN afirmaba lo siguiente:

“En cuanto a la segunda parte de la cuestión, ha de señalarse ante todo que la finalidad de la «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, no consiste en indemnizar a los titulares de derechos por la comisión de actos ilegales relativos a la reproducción no autorizada de obras y prestaciones protegidas. Sólo existe derecho a una compensación por copia privada en caso de que lo autorice la normativa en materia de derechos de autor del Estado miembro. El hecho de que pueda constatarse una infracción generalizada del derecho de reproducción, en principio exclusivo, que corresponde al autor –como sucede por ejemplo en Internet mediante las redes de intercambio de archivos denominadas P2P («peer to peer») – no es

⁶³⁹ Petición de Decisión Prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona. Cuestión Prejudicial 5ª.

⁶⁴⁰ Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia 89/2011 del dos de marzo.

relevante a efectos del citado precepto de la Directiva ni puede considerarse un factor a la hora de buscar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derecho y de los usuarios. En efecto, este tipo de copias ilegales suele tener fines comerciales. En todo caso, tienen una finalidad distinta del «uso privado» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por lo que no están incluidas en la posibilidad de limitar el Derecho de Autor»⁶⁴¹.

Es decir, que la función de la compensación equitativa por copia privada, aunque parezca obvio, es la de compensar por la realización de copias privadas, no por la realización de reproducciones antijurídicas. Y que al contrario de lo que señalaba la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, el fin indiscutiblemente comercial de las descargas niega su carácter de copia privada, así como su finalidad última, que según la Abogada General tampoco es el “*uso privado*” por parte del usuario. El experimento realizado por el Gobierno Español, sugiere la Abogada General, resultaba contrario al Derecho Comunitario.

La noticia de la sentencia del TJUE declarando que la compensación equitativa por copia privada no resultaba conforme al ordenamiento jurídico de la UE, fue recibida con gran alborozo en España por parte de los “*tecnologistas*” y, por qué no decirlo, por una gran mayoría de los usuarios y de los medios de comunicación. Se interpretaba esta Sentencia como un triunfo de la tecnología frente a la propiedad intelectual. Ciertamente, la existencia del canon digital era un argumento esgrimido con mucha frecuencia por los usuarios para justificar las descargas. La 13ª Encuesta a Usuarios de Internet (Navegantes en la Red) realizada por la AIMC (Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación) señalaba que sólo uno de cada cuatro usuarios estaba dispuesto a pagar “*precios razonables*” por contenidos de forma legítima (es decir que sólo uno de cada cuatro usuarios estaba dispuesto a compensar a los autores por su trabajo, lo que nos da una idea del inexistente respecto al Derecho de Autor que flotaba el ambiente) y que “*además, un buen número de usuarios (54%) quiere [quería] contenidos gratis y sin publicidad. El principal argumento es que ya existe [existía] un canon por copia privada como medida preventiva a la piratería, medida*

⁶⁴¹ Conclusiones de la Abogado General Sra. VERICA TRSTENJAK presentadas el 11 de mayo de 2010 en el Asunto C 467/08. Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) contra Padawan, S.L. (Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona). Conclusión nº 78.

*que esgrimen el 33,2% para defender el modelo 100% gratuito. Un 63% que está "muy en desacuerdo" con el canon"*⁶⁴². Sin embargo, como era de esperar, la eventual radical reforma del sistema de compensación equitativa por copia privada no produjo efecto alguno en el palpable desdén de la mayoría de los usuarios hacia el Derecho de Autor, ni sobre la ubicua reproducción no autorizada de obras sujetas al Derecho de Autor en España.

La Audiencia Nacional por Sentencia de 22 de marzo de 2011, anuló la Orden Ministerial PRE/1743/2008 (que listaba los equipos y soportes estaban gravados por el canon digital, así como la cuantía del gravamen) por un defecto de forma, ya que entendió la AN que esta Orden Ministerial en realidad funcionaba como un Reglamento, ya que desarrollaba el artículo 25 de la LPI, y que en la elaboración de tal Orden Ministerial se había prescindido de varios trámites fundamentales y necesarios para la elaboración de una norma reglamentaria (concretamente del Dictamen del Consejo de Estado, así como de la elaboración de una memoria justificativa y de una memoria económica), lo cual constituía un vicio formal radical en la elaboración de la norma que llevaba aparejada como consecuencia su nulidad de pleno derecho. El 13 de julio de 2011 el Congreso de los Diputados votó casi por unanimidad suprimir el canon digital. La norma que suprimió el canon resultó ser una ley ómnibus, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que en su Disposición Adicional Décima modificó de manera definitiva el anterior régimen o modelo de compensación equitativa por copia privada en España⁶⁴³:

"1. Se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma Ley.

⁶⁴² *Los españoles rechazan pagar por descargas mientras exista el canon*, Diario Público, 26 del 2 de 2011. Disponible en <http://www.publico.es/363315/los-espanoles-rechazan-pagar-por-descargas-mientras-exista-el-canon>, (consultado por última vez el 19 de febrero de 2013).

⁶⁴³ Esta norma derogatoria del canon digital fue citada expresamente por el TS para no entrar a revisar en casación la anterior configuración positiva del régimen de compensación equitativa, basándose en el equivalente a la doctrina americana del "standing", y dándolo por derogado a todos los efectos. Así el TS señalaba que "*Según reiterada jurisprudencia este orden jurisdiccional no está para prevenir agravios futuros o hacer declaraciones doctrinales, sino para tutelar intereses actuales, ciertos y concretos*". Sentencia del TS del 19 de marzo de 2013. Fundamento de Derecho 3º.

2. *El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.*

3. *La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado”.*

No obstante, esta norma resultó ser la Ley aplicable solamente de manera provisional, ya que pronto se dictó por el nuevo gobierno el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. El montante total de lo recaudado por parte de las Entidades de gestión (de todas) en concepto de compensación equitativa se redujo de los 115 millones de euros anuales que se recaudaban con el sistema anterior ⁶⁴⁴, a los 5 millones que destina actualmente el Gobierno en sus Presupuestos para este concepto ⁶⁴⁵. Por tanto desde este momento en España existe una sustancial reducción de la recaudación en concepto de compensación equitativa por cuenta del límite de copia privada, acompañada de una situación de hecho en la que (hasta hoy) la piratería sigue permitida de hecho. Así la piratería sigue existiendo en España con total normalidad, y los índices españoles en materia de reproducciones antijurídicas, según las últimas estadísticas que maneja el propio Consejo de Estado ⁶⁴⁶, siguen resultando sonrojantes

⁶⁴⁴ Y aquí las cifras bailan un poco, aunque las estimaciones más conservadoras no bajan de los 85 millones de Euros anuales.

⁶⁴⁵ CALERO, JESÚS GARCÍA, *¿Del canon digital al «simpa»?*, Diario ABC, 5 de junio de 2012. Disponible en <http://www.abc.es/20120605/cultura/abci-canon-canon-201206042136.html>, (consultado por última vez el 19 de febrero de 2013).

⁶⁴⁶ En este sentido, en el Dictamen del Consejo de Estado relativo al AMLPI 2013 se puede leer lo siguiente: “*Se ha señalado por diferentes entidades y titulares de derechos de propiedad intelectual en la tramitación del Anteproyecto, la dificultad de explicar cómo hasta el 31 de diciembre de 2011 se valoraba el perjuicio causado por la utilización de la excepción de copia privada en más de 100 millones de euros, y a partir de 1 de enero de 2012 la cuantificación del perjuicio que originan esas mismas copias pasa a ser calculado en 5 millones de euros, determinándose en la memoria, como se señalará a continuación, el importe aproximado en torno a los 10-15 millones de euros. En los documentos incorporados al expediente, el volumen de negocio de las industrias culturales se sitúa en unos 41.000 millones de euros y genera un gran número de empleos de alta cualificación (625.000 empleos, el 3,5 % del empleo total). En todo caso, más allá de la conveniencia de contar con un examen más detallado de lo que supone desde una perspectiva económica, de empleo y de recaudación pública, no puede dejar de valorarse lo que supondría de contribución al desarrollo económico la aplicación de las medidas que contiene el Anteproyecto [...]*

A tal efecto, según los resultados del Observatorio de Piratería y Hábitos de consumo de contenidos digitales, realizado por la consultora independiente GfK, y que se encuentra alojado en la sede electrónica del Ministerio de Cultura, los accesos digitales ilegales en el año 2012 supusieron 3.049 millones de descargas, cuyo valor aproximado

(especialmente para los que vivimos en el extranjero, nos dedicamos a la propiedad intelectual y tenemos que explicar día sí, y día también que no somos un país de ladrones).

El problema es que sin una legislación realmente protectora de los derechos de autor (y que se cumpla y se ejecute de manera meticulosa y estricta, como por ejemplo se ha hecho en España con la legislación antitabaco), y desarticulado el modelo alternativo, la industria de contenidos española está condenada a desaparecer o a reducirse a su mínima expresión. Desde mi punto de vista, la solución más lógica es reducir al mínimo, o incluso eliminar el límite de copia privada en el ámbito digital, dejando a los titulares de derechos la potestad o facultad de autorizar a los usuarios a realizar copias privadas; bien directamente, bien a través de sus licenciarios ⁶⁴⁷. De esta manera se terminaría con cualquier especulación sobre lo que permite o no permite el límite, amén de que se unificaría el criterio jurisprudencial, lo que originaría una seguridad jurídica inexistente en el marco del maremagnum existente de sentencias contradictorias dictadas por los tribunales españoles en la materia. Esto también permitiría que el Estado redujese aún más su aportación en concepto de compensación equitativa ya que ésta se reduciría a compensar las copias privadas realizadas en el ámbito analógico. Como veremos al tratar este punto más adelante en este trabajo, más concretamente al analizar el elemento de la compensación equitativa tras las últimas reformas en el contexto del artículo 31.2 de la LPI, esta labor se ha realizado a medias y de una manera bastante oblicua.

Por supuesto, para que esta reforma jurídica, que conduciría sin duda a la “rehabilitación moral” de la sociedad en el ámbito digital se pudiera llevar a cabo, habría de ser acompañada por una legislación que persiguiera sin ambages y con dureza extrema la piratería. El penúltimo intento

era de más de 15.200 millones de euros (un 41 % más que en 2011). Según dicho Observatorio, las descargas ilegales comportaron pérdidas para las industrias culturales de unos 1.200 millones de euros, que dejaron además de generar casi 25.000 empleos directos y 124.000 empleos indirectos, con las correlativas consecuencias para el erario público de 500 millones de euros, que se dejaron de ingresar por IVA, cotizaciones a la Seguridad Social e IRPF. Según el mismo informe, el 51 % de los internautas descarga contenidos ilegales, siendo los accesos a música de un 32 %, a películas de un 43 %, a libros de un 12 % y a videojuegos de un 7 %. La mitad de los accesos ilícitos se produce sobre novedades en el mercado; un 22 % considera que la actuación ilegal no daña a nadie y un 17 % que su práctica ilegal no tiene consecuencias graves”. Dictamen 1064/2013 del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil., aprobado el 18 de noviembre de 2013. CONSIDERACIONES. II. Tramitación del expediente

⁶⁴⁷ Solución a la que apunta como veremos, la modificación prevista del límite de copia privada en la LPI.

realizado con el ánimo de llevar a cabo este fin resultó ser absolutamente inoperante en cuanto a la consecución de este objetivo. Es la llamada ley “*Sinde-Wert*”.

La llamada “*Ley Sinde-Wert*”.

a) La “*Ley Sinde*”.

Cuando dibujé el mapa original de este trabajo, el capítulo dedicado a la “*Ley Sinde-Wert*” ocupaba un lugar predominante. Esto sucedió cuando la norma aún se conocía popularmente como “*Ley Sinde*” a secas, y estaba aún pendiente de aprobación. No obstante, la escasa o nula utilidad práctica de la Ley hizo que posteriormente incluso me planteara eliminar toda referencia a ella. Finalmente, opte por una solución salomónica: no realizaría un análisis jurídico tan pormenorizado y extenso de la Ley ⁶⁴⁸, limitándome a dibujar sucintamente sus líneas maestras, y contaría más extensamente la larga marcha hacia su aprobación, por lo que tiene de explicativa de la utilización partidista y populista que se hace en España del Derecho de Autor.

El 27 de noviembre de 2009 el Gobierno de España aprobó el Anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible; y el 31 de marzo del 2010 se publicó el Proyecto de Ley de Economía Sostenible (En adelante PLES), que contenía alguna variación menor sobre el Anteproyecto. Ambas leyes eran del tipo que normalmente se denomina “*omnibus*”; es decir, una Ley que realizaba modificaciones de una gran variedad de leyes reguladoras de ámbitos muy distintos de la realidad española. El PLES creaba una serie de medidas legales que pretendían luchar contra la piratería en Internet en su Disposición adicional 2ª. Tales medidas consistían en la modificación de algunos artículos de la Ley 34/2002 de 11 de junio de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante LSSI), y de la LPI. Las líneas maestras de esta modificación operada por el PLES eran las siguientes:

- Se introducía “*la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual*” ⁶⁴⁹ entre los supuestos de hecho en los que se pudiera interrumpir o restringir un servicio de prestación de servicios de la sociedad de información (por ejemplo, cerrar o bloquear el acceso a una

⁶⁴⁸ Análisis que sí realicé en mi trabajo del DEA.

⁶⁴⁹ Es decir, se añade la letra e) al artículo 8.1. de la LSSI.

web) por parte del órgano competente (En este caso la Comisión de Propiedad Intelectual, un órgano administrativo).

- Se habilitaba a tal órgano competente para requerir al prestador de servicios de intermediación de la sociedad de información (por ejemplo, TELEFÓNICA) los datos necesarios para identificar a quien hubiera vulnerado un derecho de propiedad intelectual en la Red, estando este obligado a facilitar tales datos con el objeto de identificar al presunto vulnerador ^{650 651} .
- Se señalaba que el departamento del ejecutivo responsable de velar por la salvaguarda los derechos de propiedad intelectual sería el Ministerio de Cultura ⁶⁵² .
- Se creaba el órgano competente del que hablábamos más arriba, la Comisión de Propiedad Intelectual, y se indicaba que esta constaría de dos Secciones: una primera dedicada a la mediación y arbitraje, y una segunda dedicada a velar por la salvaguarda los derechos de propiedad intelectual (la habilitada para iniciar el procedimiento contra webs de enlace y similares, tras recibir denuncia del titular de los derechos vulnerados). Además se dibujaban las líneas maestras de funcionamiento de la Comisión ⁶⁵³ .
- Se señalaba que los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo serían los órganos jurisdiccionales que conocerían de los recursos que se produjesen frente a los actos

⁶⁵⁰ Es decir, se añade el punto 2 al artículo 8 de la LSSI.

⁶⁵¹ Esto se hizo por razón del caso PROMUSICAE, en el que la sociedad de gestión de derechos PROMUSICAE, solicitó al proveedor de servicios de conexión de red TELEFONICA, que le facilitara la identidad real de un extenso número de usuarios de una red P2P, que habrían realizado actividades ilícitas contra la propiedad intelectual. TELEFONICA se negó, y PROMUSICAE planteó demanda judicial con el objeto de compeler a esta identificación. El Tribunal se dio cuenta que según la Ley española, habría serios impedimentos en materia de protección de datos, que impedirían obligar a los prestadores de servicios de conexión de red a revelar tal información. El Tribunal realizó una cuestión prejudicial al TJUE, solicitando a este que le aclarara si las normas de derecho comunitario obligaban a un operador de conexión de red a revelar la identidad de los usuarios a los cuales presta tal servicio, y que corresponden a una dirección IP, cuando tal usuario ha realizado un ilícito del ámbito privado, tal como la infracción de alguno de los derechos de explotación del TRLPI. El TJUE falló que la legislación europea no obligaba a realizar tal identificación, y que compeler tal identificación de los prestadores de servicios de conexión de red era potestativo de los Estados miembros (Promusicae contra Telefónica. Sentencia Del Tribunal De Justicia (Gran Sala) de 29 de enero de 2008), pero que esto debería reseñarse explícitamente en el ordenamiento jurídico del Estado Miembro. Como hemos indicado más arriba, el PMLPI 2014 modifica la LEC con el objeto de que se pueda finalmente obligar a los prestadores de servicios de conexión a Internet a identificar a los infractores en el marco de un proceso civil.

⁶⁵² Es decir, se añade la Disposición Adicional Quinta en la LPI.

⁶⁵³ Esto se hace añadiendo los puntos 4 y 5 al artículo 158 de la LPI.

administrativos de la Comisión de Propiedad Intelectual, y además estos mismos Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo autorizarían mediante Auto la ejecución de los actos sancionadores adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad intelectual que consistirían en interrumpir o restringir la prestación de un servicio de la sociedad la información, o para retirar en el ámbito de la Red contenidos que vulneraran el Derecho de Autor ⁶⁵⁴ .

- Se indicaba que los Autos dictados por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo a los que nos referíamos en el punto anterior, resultarían asimismo apelables por la vía de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ⁶⁵⁵ . Es de señalar que estos Tribunales sólo decidirían si la medida pudiera afectar a los derechos fundamentales de los demandantes (por ejemplo, su libertad de expresión, razón por la que los responsables de muchas webs de enlaces se apresuraron a incluir foros de opinión en las mismas).
- Se arbitraba un procedimiento de autorización de la ejecución de los actos sancionadores dictados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (por ejemplo cerrar una web de enlaces). Dicha autorización se realizaría por un Juzgado de la de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en un plazo de cuatro días improrrogables ⁶⁵⁶ .
- Se habilitaba a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para la resolución de determinados actos, resoluciones o disposiciones de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (es decir que la Audiencia Nacional actuaría como segunda instancia) ⁶⁵⁷ .

⁶⁵⁴ Esto se hace modificando el artículo 9 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, numerando su texto actual como apartado 1 y añadiendo un apartado 2.

⁶⁵⁵ Esto se hace modificando la letra d) del apartado 1 del artículo 80 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa,

⁶⁵⁶ Esto se hace introduciendo un nuevo artículo 122 bis en la Ley 29/1998, de 13 de abril, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

⁶⁵⁷ Esto se hace modificando el apartado 5 de la Disposición adicional cuarta de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa

El Gobierno del PSOE aseguraba que sólo se perseguirían páginas web dedicadas plenamente a infringir derechos de autor, y que en ningún caso se cortaría la conexión a los usuarios, como se preveía en las legislaciones anti-descargas de otros países como el Reino Unido o Francia ⁶⁵⁸, y aprobó en Consejo de Ministros el PLES el 18 de marzo de 2010 ⁶⁵⁹. Sin embargo, bastó una movilización mínima en la Red, consistente en la presentación de 30.000 firmas por una asociación de usuarios beligerantes (un número de firmas irrisorio), instando al Gobierno y al resto de los partidos políticos, con el caduco y trasnochado lenguaje habitual, que no aprobarán “*una norma realizada al dictado de las multinacionales que una sentencia dictada por el titular del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona reconoce la legalidad de las webs que no ofrecen contenidos sujetos a propiedad intelectual que dominan la industria cultural y el Gobierno de EEUU*” ⁶⁶⁰, para que todos los grupos parlamentarios se echaran atrás en el momento de la aprobación de la Ley en el Congreso. La petición “de los internautas” reseñada recordaba que “*una sentencia dictada por el titular del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona reconoce la legalidad de las webs que ofrecen contenidos sujetos a propiedad intelectual*” ⁶⁶¹. Si recordamos lo señalado más arriba, esta es la Sentencia de Elrincondejesus.com; sentencia que había fallado que el acto de reproducción de archivos a través de una red P2P resultaría un acto subsumible en el límite de copia privada del artículo 31.2 de la LPI. Como hemos analizado más arriba, la Audiencia Provincial de Barcelona corrigió esta lectura del artículo 31.2 de la LPI, pero también señalaba que de acuerdo con la legislación española vigente, las webs de enlaces no realizaban un acto penalmente ilícito.

El ataque de pánico de los partidos políticos estaba además provocado por “*un motín en Internet que se inició la pasada semana y que culminó ayer con un eficaz método de protesta que cambió por completo los hábitos de miles de internautas, que ni pudieron visionar ni descargar sus series y películas preferidas. Las páginas y webmasters de descargas más populares como Seriesyonkis, Seriespepito, Seriesdanko, Peliculasyonkis, Divxtotal, Mydescarga, Cinetube, Subtorrents,*

⁶⁵⁸ MUÑOZ, RAMÓN, “*Estoy orgullosa de la “Ley Sinde”*”, Diario El País, 26 de agosto de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/08/26/ultima/1282773601_850215.html, (consultado por última vez el 20 de febrero de 2013).

⁶⁵⁹ MUÑOZ, RAMÓN, “*El Gobierno deja intacta la 'ley antidescargas'*”, Diario El País, 26 de agosto de 2010. Disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/03/19/actualidad/1268953203_850215.html, (consultado por última vez el 20 de febrero de 2013).

⁶⁶⁰ FACUA envía a los grupos parlamentarios 30.000 firmas contra la “Ley Sinde”, 20 de diciembre de 2010, Disponible en <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=5530>, (consultado por última vez el 20 de febrero de 2013).

⁶⁶¹ Ídem.

Elrincondejesus, entre otras muchas, aparecieron en negro e inoperativas” ⁶⁶² ; es decir, utilizando la feliz denominación del actual ministro WERT ⁶⁶³ , una huelga de “*peristas*” de objetos robados amedrentó a los padres de la patria.

Las crónicas del día abundan en esa situación de “*miedo insuperable*” que sufrieron sus señorías: “*Las protestas desencadenadas por la iniciativa entre colectivos de internautas ha dificultado el apoyo de los grupos parlamentarios a la ley del Gobierno, pues nadie quiere asumir el coste electoral que eso puede suponer. Al autocierre protagonizado el domingo por las principales páginas de enlaces como Seriesyonkis o Cinetube, le siguió ayer el llamamiento desde distintos foros para bloquear las páginas del Congreso de los Diputados y de partidos como PP, PNV, PSOE y CiU. Los diputados de estos grupos parlamentarios tuvieron problemas de acceso a sus ordenadores a partir de las seis de la tarde*” ⁶⁶⁴ . Ante tal “brutal ataque”, los representantes de los partidos nacionalistas catalán y vasco CIU y PNV decidieron votar en contra de la Ley, lo que motivó que a la postre esta no se aprobara ⁶⁶⁵ .

Sin embargo, en principio las razones esgrimidas por el principal partido de la oposición, el Partido Popular, para haberse opuesto a la aprobación de la Ley no parecían responder simplemente a un puro e irresponsable cálculo electoral. “*Para el PP, la disposición intentaba "maquillar" con un procedimiento judicial rápido el que un órgano administrativo como la Comisión de Propiedad Intelectual, dependiente del Ministerio de Cultura, pudiera cerrar páginas webs. "En la práctica, sería posible cerrar webs sin la debida garantía judicial, lo que abriría la puerta a que desde el poder político se vulnerasen derechos fundamentales como el de la libertad de expresión", según José María Lasalle*” ⁶⁶⁶ . Es decir, el PP se encontraba en principio dispuesto a apoyar la aprobación de la Ley en caso de que añadieran a la misma nuevas garantías judiciales. Ambos

⁶⁶² *Pacto in extremis por la “Ley Sinde”*, Diario El País 20 de diciembre de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/12/20/cultura/1292799601_850215.html, (consultado por última vez el 20 de febrero de 2013).

⁶⁶³ WERT, JOSÉ IGNACIO, *Peristas y libertarios*, pieza de opinión publicada en el Diario El País antes de ser nombrado Ministro de Educación, Cultura y Deportes por el Partido Popular, 2 de enero de 2011, Disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/02/opinion/1293922804_850215.html, (consultado por última vez el 16 de octubre de 2013).

⁶⁶⁴ Ídem.

⁶⁶⁵ MUÑOZ R. y CANO, R.J., *Fracasa la “Ley Sinde” en el Congreso tras el último intento del PSOE de conseguir apoyo*, Diario El País, 21 de diciembre de 2010. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2010/12/21/actualidad/1292886001_850215.htm, (consultado por última vez el 20 de febrero de 2013).

⁶⁶⁶ Ídem.

partidos, el PSOE y el PP, comenzaron un proceso de negociación con el ánimo de modificar el PLES, para efectuar su eventual aprobación en el menor plazo de tiempo posible ⁶⁶⁷. El pacto llegó el 23 de enero del entrante año 2011, con lo que finalmente se aprobó la “*Ley Sinde*” ⁶⁶⁸, aunque a falta de su desarrollo reglamentario, esta resultara por el momento obviamente inoperante.

Las enmiendas realizadas a la Ley ⁶⁶⁹ incluían, además del compromiso de reformar es sistema de compensación equitativa por copia privada en el plazo de tres meses, las modificaciones siguientes:

- En cuanto a la obligación de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, incluida en el artículo 8 de la LSSI por el PLES, de proporcionar los datos que permitieran identificar aquellos que realizaran actividades ilícitas en la Red, se pasaba a requerir además por razón de la enmienda autorización judicial previa ⁶⁷⁰. El órgano competente para otorgar dicha autorización serían los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo ⁶⁷¹. El recurso seguiría operándose “*únicamente, y en única instancia*” (la novedad de la enmienda) ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.
- El resto de las reformas eran relativas al funcionamiento, composición, y plazos de la Sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, y no tienen demasiada relevancia a efectos de este trabajo.

La Ley pues se aprobó finalmente En el Congreso de los Diputados el 15 de febrero de 2011, con los votos de PSOE, PP, y CIU (que finalmente decidió unirse) resultando en la Ley 2/2011, de 4

⁶⁶⁷ GARCÍA, ROCÍO y Díez, ANABEL, *Una “Ley Sinde” 2.0’ para seducir al PP*, Diario El País, 29 de diciembre de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/12/29/cultura/1293577202_850215.html, (consultado por última vez el 20 de febrero de 2013).

⁶⁶⁸ GARCÍA, ROCÍO, *Gobierno y PP pactan una ‘Ley Sinde’ con más garantías judiciales*, Diario El País, 24 de enero de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/01/24/actualidad/1295823605_850215.html, (consultado por última vez el 20 de febrero de 2013).

⁶⁶⁹ Propuesta de Modificación de la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible.

⁶⁷⁰ Esto se hizo mediante un “*addendum*” a la modificación ya operada sobre el PLES en el apartado segundo del artículo 8 Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

⁶⁷¹ Lo cual se opera modificando el artículo 9 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, numerando su texto actual como apartado 1 y añadiendo un apartado 2.

de marzo, de Economía Sostenible, Además, la Disposición Final Segunda se convirtió en la Disposición Final Cuadragésimo Tercera. Sin embargo, esto resultó ser sólo el principio; el camino posterior de la Ley hacia su desarrollo reglamentario llegó a alcanzar tintes surrealistas.

b) El tortuoso camino hacia el Reglamento de la LES.

Se atribuye al CONDE DE ROMANONES la celeberrima frase “*Ustedes hagan la Ley, que yo haré el reglamento*”, lo que da una idea de la extraordinaria importancia de las normas reglamentarias en el ordenamiento jurídico español, ya que actualizan la aplicación práctica de la Ley a la vida diaria de los ciudadanos. Lógicamente, en un tema tan complejo como el de cierre de páginas web que infrinjan los derechos de propiedad intelectual, la importancia de la norma reglamentaria resultaba aún mayor si cabe.

El primer intento de desarrollar reglamentariamente la LES fue el Borrador de Real Decreto por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual así como el procedimiento para el ejercicio de sus funciones (en adelante BRCPI). La parte relevante del BRCPI a efectos de este trabajo son los capítulos VI y VII (art. 13 y ss.), En que se regula las funciones de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, así como el llamado “*Procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual*”⁶⁷².

En el artículo 13.3 del BRCPI se establecía la función principal de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual:

“La Sección Segunda llevará a cabo sus funciones respecto a los casos de vulneración de los derechos de propiedad intelectual reconocidos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, por el responsable de un servicio de la sociedad de la información, siempre que dicho responsable, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial al titular de tales derechos, de acuerdo con el procedimiento establecido en el capítulo VII de este Real Decreto”.

⁶⁷² Encabezamiento del Capítulo VII del BRCPI.

Y aquí es donde se aprecian las primeras deficiencias del Reglamento desde el punto de vista de la técnica jurídica, puesto que: (a) El BRCPI señala que el responsable del servicio de la sociedad de información es el que actúe directa o indirectamente en la causación de un daño patrimonial a un titular de derechos de explotación sobre una obra, cuando (y esta fue una de las críticas del PP al PLES en su primera enmienda al borrador) la causación indirecta no está contemplada por nuestro Ordenamiento Jurídico vigente (realidad que, como hemos visto, atestiguan un gran número de Autos y Sentencias de las Audiencias Provinciales). Dicho de otra manera; en España no existe el equivalente legislativo a la Sentencia GROKSTER ⁶⁷³; y (b) el elemento del “*ánimo de lucro*” tras la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado se considera por los tribunales normalmente como ánimo de lucro “*comercial*”, con lo que esto tiene de problemático para la aplicación por un órgano administrativo del elemento del “*ánimo de lucro*” en su sentido tradicional, sin que exista una definición legal que defina con precisión el alcance de este elemento en legal en el ámbito de la infracción del Derecho de Autor en la Red.

En cuanto al procedimiento en sí; este se podría iniciar por los titulares de derechos de explotación o por sus representantes legales (lo cual incluye a las Entidades de gestión), mediante denuncia ante la Sección 2ª de la CPI ⁶⁷⁴. El artículo 15.3 del BRCPI prescribe que:

“El procedimiento podrá dirigirse contra cualquier responsable de un servicio de la sociedad de la información mediante el que se estuviesen vulnerando derechos de propiedad intelectual por la puesta a disposición, de obras o prestaciones protegidas, sin que dicha conducta esté amparada por una autorización para ese uso ni por un límite legal a tales derechos, y siempre que concurra, directa o indirectamente, ánimo de lucro, o se produzca o pueda producirse daño patrimonial al titular de los mismos”.

Es decir, que sí existe un límite legal a los derechos de explotación, concretamente el límite de copia privada, la Sección 2ª de la CPI no podría actuar. Dada la ambigüedad legal en la definición del ámbito de actuación del límite de copia privada, resulta difícil saber contra quien se podría actuar, ya que el acto subyacente de reproducción podría muy bien estar amparado por el límite.

⁶⁷³ MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

⁶⁷⁴ Artículo 15.2 del BRCPI.

Pongámonos en situación: Pepe se descarga una película de una red P2P (acto que según la Circular 1/2006 está amparado por el límite de copia privada), y posteriormente almacena la copia en RAPIDSHARE (lo cual significa otro acto reproducción que de nuevo es lícito, puesto que podría estar amparado por el límite de copia privada). Pepe publica un enlace a esta copia en su web (acto que según numerosa jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales es lícito ⁶⁷⁵). Manolo se descarga la película siguiendo el enlace publicado en la web de Pepe (acto de reproducción de nuevo lícito, puesto que estaría amparado por el límite de copia privada según la Circular 1/2006). Pepe cobra ingresos publicitarios por el acceso a su web, con el solo objeto de poder mantenerla (lo cual según numerosa jurisprudencia no representa ánimo de lucro “*comercial*”). El titular de derechos sobre la obra insiste en que Pepe ha contribuido indirectamente a la reproducción autorizada de la misma (lo no se prohíbe expresamente por ordenamiento jurídico español vigente). Sin despejar estas dudas mediante una reforma legislativa comprehensiva, parece más que dudoso que un órgano administrativo pudiera actuar ni contra Pepe, ni contra Manolo.

El artículo 20.1 del BRCPI concedía un plazo de 48 horas para que el responsable de la web retirase el contenido protegido por el Derecho de Autor ⁶⁷⁶ , y si este lo retirase en plazo se archivaría el procedimiento. Si el responsable de la web no retirase el contenido ilícito, la CPI tramitaría la prueba en un plazo de dos días, y “*elaborará una propuesta de resolución y notificará dicha propuesta a los interesados para que presenten sus conclusiones en el plazo máximo de cinco días*” ⁶⁷⁷ . La CPI “*dictará resolución motivada en el plazo máximo de los tres días siguientes*” ⁶⁷⁸ . Tras lo cual la CPI “*ordenará al referido responsable la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o la retirada de los contenidos que vulneren los citados derechos objeto del procedimiento, debiendo aquél dar cumplimiento a la misma en un plazo de 24 horas desde su notificación*” ⁶⁷⁹ . Si aun así el responsable de la web no cumpliera, se daría orden al proveedor de servicios de intermediación de

⁶⁷⁵ Entre otras: Auto de 27 de abril de 2010 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª (caso Rojadirecta.com); Auto de 15 de Octubre de 2009 de la Audiencia Provincial de León, (caso Emule24horas); Auto de 3 de febrero de 2012 de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2ª, (caso Cinetube.es); y la ya reseñada Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 7 de julio de 2011 (caso Elrincóndejesus.com).

⁶⁷⁶ Por exigencia de las normas sobre “puerto o refugio seguro” de los artículos 13, 26 y 17 de la LSSI:

⁶⁷⁷ Artículo 21 del BRCPI.

⁶⁷⁸ Artículo 22.1 del BRCPI.

⁶⁷⁹ Artículo 22.2 del BRCPI.

la sociedad de la información (es decir, la empresa que albergue el sitio web) para que ejecutase las medidas forzosas (que podrían incluir lo siguiente: “*retirada del contenido, impedimento del acceso desde España o interrupción del servicio*”⁶⁸⁰), lo cual este debiere hacer “*en un plazo de 72 horas desde la notificación*”⁶⁸¹, previo “*auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente, autorizando o denegando la ejecución forzosa de las medidas*”⁶⁸². Es decir, contando con que se cumplan los plazos (lo cual ya entonces parecía improbable, y la experiencia ha demostrado imposible, puesto que los juzgados en España están colapsados) el procedimiento duraría al menos 17 días, sin contar con el plazo técnico necesario para ejecutar las medidas. El tiempo necesario para crear un “espejo” de la página web en otro servidor es como máximo de unas pocas horas.

Además. El Preámbulo, y los artículos 11.3 y 24.4 del BRCPI prescribían que un órgano competente, en este caso la Audiencia Nacional, podía ordenar a un prestador de servicios de intermediación de la sociedad la información (en este caso proveedores de conexión de Red: Ej. TELEFÓNICA) “*que interrumpa la prestación de un servicio o impida el acceso desde territorio español*”. No obstante, es sabido que bloquear el acceso a páginas de enlaces ubicadas en servidores extranjeros no resulta tarea fácil, y aun cuando esto se consiga, dicho bloqueo puede ser sorteado sin mucha dificultad mediante la utilización de “*proxies*”, o mediante el cambio de TLD⁶⁸³. Por otra parte, la Ley no contemplaba ninguna medida contra el intercambio de archivos P2P, sino sobre webs que enlacen a estas redes P2P o a webs de almacenamiento, cuya actividad, de no mediar una reforma legislativa de mayor calado, existen fundadas dudas sobre si es ilícita en España.

Es más, ni la Ley ni el Reglamento penalizaban la reincidencia, lo cual convertía el procedimiento en un ejercicio aún más fútil, si cabe, puesto que debido a las normas de “*puerto seguro*” (o de

⁶⁸⁰ Artículo 24.4 del BRCPI.

⁶⁸¹ Artículo 22.3 del BRCPI.

⁶⁸² Artículo 24 del BRCPI.

⁶⁸³ El TLD o “*Top Level Domail Name*”, o “*dominio de nivel superior*” no es la sino la terminación de un nombre de dominio, y suelen ser dos o más letras que corresponden a un código territorial o a una lista de nombres genéricos (por ejemplo; “.com”, “.es”). Cuando los EE.UU bloquearon el dominio Rojadirecta.com, la web correspondiente a este nombre de dominio siguió (y sigue a 16 de octubre de 2013) resultando accesible desde los EE.UU., aunque bajo el dominio de nivel superior “.me” (Montenegro); es decir, bajo el nombre de dominio Rojadirecta.me.

“refugio seguro”) de los artículos 13, 16 y 17 de la LSSI, en cuanto la web denunciada retirara el contenido ilícito el caso quedaría inmediatamente archivado.

Estas deficiencias del procedimiento ideado por la “Ley Sinde”, quedaron oficialmente aireadas cuando un informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) criticó severamente algunos aspectos de la norma. En concreto el informe del CGPJ señalaba lo expuesto anteriormente: que resultaba más que dudoso que las páginas de enlaces vulnerasen los derechos de autor:

"El deber de colaboración de los intermediarios se circunscribe claramente en la Ley a la facilitación de los datos del prestador contra el que va dirigido el procedimiento y que puede considerarse responsable de la conducta vulneradora, siendo así que, en el caso de la propiedad intelectual, no necesariamente los servicios que acaso permitan establecer comunicación con la página web desde la que se presta el servicio infractor cometen por su parte una infracción. Es el caso de los prestadores de herramientas de enlaces a páginas web, a los cuales, conforme al sentir de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia menor que ha recaído sobre el tema, no se les puede atribuir una vulneración de derechos de propiedad intelectual por más que las páginas o contenidos a los que enlacen hayan sido ilícitamente subidos a la red en origen, ya que en rigor los enlazadores no estarían reproduciendo, comunicando públicamente ni efectuando en suma una conducta que pueda ser calificada como de explotación de derechos de propiedad intelectual" ⁶⁸⁴ .

El CGPJ por tanto, reconociendo que los responsables de las páginas de enlaces posiblemente no estuviesen cometiendo ningún acto ilícito según la normativa vigente, recomendaba eliminar el artículo 17.2.f) del BRCPI, lo cual daba al traste con uno de los objetivos más claros de la ley: terminar con las páginas de enlaces. En suma: el procedimiento previsto en la “Ley Sinde” solo podría aplicarse a los prestadores de servicios que permitieran la reproducción directa, y que quienes además se acreditara ánimo de lucro, y no a las webs de enlaces.

⁶⁸⁴ Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se Regula el Funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual del Consejo General del Poder Judicial de 23 de septiembre de 2011. Págs. 39-40.

Además, el CGPJ criticaba la futilidad del procedimiento; ya que, como hemos señalado más arriba, este no penalizaba la reincidencia:

"Dice la parte final del artículo 20.2 que "la Sección, a instancia del solicitante que dio inicio al procedimiento, podrá acordar la reapertura del expediente archivado si se reanuda la actividad infractora". Al hilo de la lectura de este inciso, cabe hacer las siguientes observaciones.

En primer lugar, parece claro que el archivo del procedimiento al que se refiere la primera parte del precepto no es un archivo definitivo, sino provisional, pues el expediente es susceptible de ser reabierto en caso de reanudarse la actividad infractora.

El proyecto no anuda ninguna consecuencia negativa para el sujeto reincidente al hecho de la reapertura del expediente. De esta forma, aunque no haga falta iniciar un nuevo procedimiento, siendo suficiente con reabrir el que quedó archivado, el expedientado podría proceder de nuevo a la retirada voluntaria de los contenidos y así provocar el archivo del procedimiento reabierto, con lo que estaríamos igual que si el Proyecto no dispusiera la reapertura del expediente para el caso de reincidencia. Y es que la clave, para que el mecanismo de reapertura tenga alguna virtualidad, es fijar dicha reapertura en un momento del procedimiento que impida al reincidente volver a emplear el mecanismo de retirada voluntaria" ⁶⁸⁵ ⁶⁸⁶ .

Mientras tanto, el tiempo transcurría inexorablemente, y el Reglamento de desarrollo de la Ley seguía sin aprobarse. Tras las elecciones generales celebradas en España el 20 de noviembre de 2011, en las que el Partido Socialista perdió el poder en detrimento del Partido Popular, la aprobación del Reglamento por el ya Gobierno en funciones se congeló definitivamente. Inmediatamente después de las elecciones se afirmaba que *"el Gobierno está midiendo el coste*

⁶⁸⁵ Ídem. Págs. 44-45.

⁶⁸⁶ Además el informe criticaba que no se especificase por parte del BRCPI que se consideraría recaudación de la actividad infractora La vulneración de los derechos de cualquier otra obra de la cual que el denunciante fuese titular. Ídem.

político y social de la aprobación de la ley antidescargas”⁶⁸⁷. Se argumentaba como excusa que el asunto podría no revestir la urgencia necesaria para haber de ser legislado por medio de un Decreto Ley, instrumento legislativo restringido a casos de extraordinaria y urgente necesidad, como prescribe el artículo 86 de la Constitución. El Consejo de Estado dio su visto bueno a la legislación anti-descargas por Dictamen del 23 de noviembre de 2011, con lo que se cumplían todos los requisitos legales para la aprobación del Reglamento por parte del Gobierno en Funciones. El 2 de diciembre, el Ministro de Presidencia en funciones, Ramón Jáuregui, confirmó la inminencia de la aprobación del Reglamento “*este viernes que el Consejo de Ministros lleva "en el orden del día"*” la aprobación del Reglamento⁶⁸⁸. Simultáneamente, se supo que circulaba por la Red un manifiesto que vaticinaba todo tipo de “represalias” de aprobarse el Reglamento, y de entrar en funcionamiento el procedimiento contemplado en la ya en este punto obviamente inútil “*Ley Sinde*”⁶⁸⁹. De nuevo atenazado por un “miedo insuperable” a los activistas en la Red, el Gobierno en Funciones se echó atrás, a pesar de que contaba con el “*placet*” del partido Popular para aprobar la norma reglamentaria, y esta terminó por no aprobarse⁶⁹⁰. El propio Presidente del Gobierno saliente, JOSE LUÍS RODRIGUEZ ZAPATERO, confirmó “*a posteriori*” la “espantada”: “*Ese reglamento era muy polémico, era un tema de debate, y hubo compañeros del Consejo de Ministros que ponían en cuestión su aprobación. Visto, además, el debate que se produjo en las redes sociales decidí que no lo aprobaba. Fue una decisión mía*”⁶⁹¹. Según algunas

⁶⁸⁷ *El reglamento de la “Ley Sinde” deberá esperar*, Diario El Mundo, 25 de noviembre de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/11/25/navegante/132223569.html>, (consultado por última vez el 21 de febrero de 2011).

⁶⁸⁸ *El Gobierno aprobará hoy la “Ley Sinde” con el visto bueno del Partido Popular*. Diario El Mundo 2 de diciembre de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/12/02/navegante/1322814257.html>, (consultado por última vez el 21 de febrero de 2011).

⁶⁸⁹ El manifiesto, además de la ya habitual cantinela sobre las presiones de los EE.UU., contenía auténticas joyas, como por ejemplo su punto 5: “*Los autores, como todos los trabajadores, tienen derecho a vivir de su trabajo con nuevas ideas creativas, modelos de negocio y actividades asociadas a sus creaciones. Intentar sostener con cambios legislativos a una industria obsoleta que no sabe adaptarse a este nuevo entorno no es ni justo ni realista. Si su modelo de negocio se basaba en el control de las copias de las obras y en Internet no es posible sin vulnerar derechos fundamentales, deberían buscar otro modelo*”. (lamentablemente, no se apuntaba cual; quizá porque no existe otro posible en un Estado de Derecho). *Manifiesto contra la “Ley Sinde”*. Disponible en <http://www.publico.es/culturas/410205/nuevo-manifiesto-contra-la-ley-sinde>, (consultado por última vez el 21 de febrero de 2011).

⁶⁹⁰ SEISDEDOS, IKER, *El Gobierno del PSOE renuncia a desarrollar la “Ley Sinde”*, Diario El País, 2 de diciembre de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/12/02/actualidad/1322780404_850215.html, (consultado por última vez el 21 de febrero de 2011).

⁶⁹¹ *El Gobierno 'paró' la “Ley Sinde” por temor a las redes sociales*, Diario El Mundo, 12 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/12/12/cultura/1323680561.html>, (consultado por última vez el 21 de febrero de 2011).

fuentes, el grado de surrealismo en el debate que tuvo lugar en el Consejo de Ministros aquel día llegó a tal extremo que el entonces Ministro de Fomento en Funciones, José Blanco, llegó a apuntar que la aprobación del Reglamento “*sería el final del Partido Socialista Obrero Español*”⁶⁹². El resultado final fue que dos años después, la “*Ley Sinde*” seguía resultando un asunto inconcluso y algunos ya apuntaban a su definitivo archivo en el cajón de la nada.

c) Vida después de la muerte de la “*Ley Sinde*”: la “*Ley Sinde-Wert*”.

El 26 de diciembre de 2012, el recién nombrado ministro de justicia JOSÉ IGNACIO WERT, declaró lo siguiente:

*"Ninguno de los objetivos que nos hemos planteado es compatible con la existencia de agujeros regulatorios que permitan el expolio de los creadores culturales. Vamos a actuar con decisión contra quienes se lucran indebidamente del trabajo de otros [...] Nadie va a respetar la cultura de un país que lidera el ranking de descargas ilegales"*⁶⁹³.

Cuatro días después, el Consejo de Ministros del flamante Gobierno del Partido Popular aprobó finalmente el Reglamento de la “*Ley Sinde*”, sin modificaciones sustanciales (aparte de alguna originada por las indicaciones realizadas en el informe del CGPJ)⁶⁹⁴. El nuevo Gobierno corregía así la falta de valor político y compromiso con la defensa de la propiedad intelectual mostrado por el anterior en sus últimos estertores. No obstante, en este punto, por las razones anteriormente aducidas, resultaba meridianamente claro que la aprobación del Reglamento por sí solo no iba a solucionar el problema de la generalizada vulneración del Derecho de Autor llevada a cabo por parte de los usuarios españoles. No bastaba entonces con crear una Comisión Administrativa para penalizar conductas supuestamente ilícitas. Se tendría que dar además el necesario requisito (de

⁶⁹² GARCÍA CALERO, JESÚS, *Zapatero retira la “Ley Sinde” tras un duro enfrentamiento en el Consejo de Ministros*, Diario ABC, 13 de diciembre de 2011, <http://www.abc.es/20111202/cultura/abci-zapatero-retira-sinde-tras-201112021305.html>, (consultado por última vez el 21 de febrero de 2011).

⁶⁹³ MARCOS, JESÚS MIGUEL, Wert: “*Muy pronto habrá novedades*” sobre las descargas”, Diario Público, 22 de febrero de 2012. Disponible en <http://www.publico.es/culturas/414019/wert-muy-pronto-habra-novedades-sobre-las-descargas>, (consultado por última vez el 21 de febrero de 2011).

⁶⁹⁴ FRAGUAS, ANTONIO, y SEISDEDOS, IKER, *La ‘ley Sinde’ ve la luz con el PP*, Diario El País, 30 de diciembre de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/12/30/actualidad/1325199603_850215.html, (consultado por última vez el 22 de febrero de 2013).

una manera tan manifiesta y absoluta como para terminar de una vez con todas con los problemas generados por la contradictoria jurisprudencia de los tribunales españoles sobre la materia) de que no quedara duda alguna de las conductas subyacentes objeto de una potencial revisión administrativa por parte de la CPI fuesen de todo punto ilícitas.

El Reglamento aprobado es el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante RDCPI), del que podemos resaltar las siguientes novedades sobre lo ya expuesto:

- El artículo 14.1 del RDCPI regula la composición de la Sección 2ª De la CPI. A diferencia de lo que prescribía el PLES, la responsabilidad de la lucha contra la vulneración de los derechos de autor en la Red se reparte aquí entre varios ministerios, y no solamente el de Cultura ⁶⁹⁵ : *“La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual estará compuesta por la persona titular de la Secretaría de Estado de Cultura o persona en la que ésta delegue, que ejercerá la presidencia de la Sección, y por cuatro vocales de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, Industria, Energía y Turismo, Presidencia, y Economía y Competitividad, respectivamente, designados por dichos Departamentos, entre el personal de las Administraciones Públicas, perteneciente a grupos o categorías para los que se exija titulación superior”*. Y aunque la partida presupuestaria para el funcionamiento de la CPI saldría del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes ⁶⁹⁶ (en adelante MECD), resultaría necesario un informe previo realizado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo para que el MECD pudiese dictar las Órdenes Ministeriales que regularen el funcionamiento de la Comisión.
- El artículo 18.1 del RDCPI prescribe que será el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente el que preste o deniegue autorización judicial para requerir al prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información la cesión de los

⁶⁹⁵ De hecho el Ministerio de Cultura pasa a integrarse tras la victoria del PP en un super-departamento Ministerial: El Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

⁶⁹⁶ Disposición final segunda del RDCPI.

datos que permitan la identificación del responsable de la vulneración de derechos de autor en el ámbito de la Red.

- La CPI tendrá según el RDCPI un plazo máximo de tres meses para notificar a los servicios de intermediación de la sociedad de la información (servicios de alojamiento, proveedores de conexión de Internet), Las medidas que deben ejecutar contra del responsable de la vulneración del Derecho de Autor en el ámbito de la Red, teniendo la falta de notificación en plazo efectos desestimatorios de la totalidad del procedimiento ⁶⁹⁷ . Por lo tanto en principio el procedimiento dibujado en el RDCPI duraría finalmente (en teoría) entre 20 días y 3 meses.
- Sería asimismo necesaria autorización por medio de Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo competente “*autorizando o denegando la ejecución de las medidas impuestas por la resolución de la Sección Segunda*” ⁶⁹⁸ .

La industria de contenidos había hasta este momento recopilado datos sobre violaciones del Derecho de Autor en “*122 sitios de descargas de películas, series, música, videojuegos y hasta software*” ⁶⁹⁹ , con el objeto de denunciarlas ante la CPI en el mismo momento en que se pusiera en funcionamiento. Entre estas webs figuraban “*Series Yonkis, Cinetube, Vagos o PorDescargaDirecta, todas ellas entre las 200 webs más visitadas de España*” ⁷⁰⁰ . En el momento de escribir estas líneas, transcurrido más de un año desde la aprobación del RDCPI, una búsqueda rápida de estas webs realizada por el autor de este trabajo ⁷⁰¹ me demostró que casi todas ellas continúan operativas ⁷⁰² . Cumplido “*un mes de la aprobación del reglamento de Ley Sinde-Wert,*

⁶⁹⁷ Artículo 22.4 del RDCPI.

⁶⁹⁸ Artículo 23 del RDCPI.

⁶⁹⁹ CRIADO, MIGUEL ÁNGEL, *La Lista de Sinde*, Diario Público 9 de enero de 2012. Disponible en <http://www.publico.es/culturas/415909/la-lista-de-sinde>, (consultado por última vez el 22 de febrero de 2013).

⁷⁰⁰ Ídem.

⁷⁰¹ Búsqueda repetida en octubre de 2013.

⁷⁰² Mi visita a CINETUBE.ES y SERIESYONKIS.COM me mostró que siguen funcionando como siempre; es decir, abiertamente como webs de enlaces. PORDESCARGADIRECTA.COM se ha convertido en una especie de foro en línea desde donde aún es posible (sin mucha dificultad) enlazar a estrenos en cartelera. Obviamente esta web se ha reconvertido para sortear la Ley. VAGOS.ES es la única web que parece haber abandonado la actividad de enlazar, ya que se ha transformado en ZASCA.COM, otro foro online; pero desde el que no se parecen infringir derechos de autor (búsqueda realizada el 23 de febrero de 2013).

la Comisión de Propiedad Intelectual ha recibido 213 demandas presenciales y 79 solicitudes telemáticas de cierre contra distintas páginas web que vulneran los derechos de autor, según fuentes del Departamento de Cultura”⁷⁰³. Cuatro meses después la Secretaría de Estado de Cultura en un comunicado señalaba que “*la Sección Segunda de la CPI ha "iniciado procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en Internet en ocho solicitudes" y tras desestimar 243. "El resto de solicitudes presentadas hasta hoy, hasta un total de 326, se encuentran en fase preliminar"*”⁷⁰⁴.

El RDCPI entró en vigor el 1 de marzo de 2012, y a pesar del clima generalizado de optimismo entre la industria que generó esta noticia⁷⁰⁵ pronto se comprobó su ineficacia práctica. La primera resolución de la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual (CPI) contra un sitio web Se dictó el 18 de junio de 2012, por la violación de derechos sobre el álbum recopilatorio de Luz Casal “*Un ramo de rosas*”⁷⁰⁶. El procedimiento se había iniciado contra la empresa suiza responsable del servicio de almacenamiento web UPLOADED.COM como responsable directa, y contra la web de enlaces española BAJUI.COM⁷⁰⁷, en calidad de prestador de servicio de un servicio de intermediación de la sociedad de la información (por el acto de enlazar), por lo que de acuerdo con el procedimiento reglamentado la web de enlaces se libraría de toda responsabilidad simplemente retirando el enlace a la obra vulnerada. Dicha obligación, sostenía la Sección Segunda, se extendía “*a otros enlaces presentes y futuros a las mismas obras objeto de este procedimiento*”. Aunque ni la LES ni el RDCPI preveían sanciones en caso de reincidencia (lo cual, si recordamos, resultó objeto de crítica por el Informe del CGPJ), las consecuencias prácticas

⁷⁰³ *Un mes de Ley Sinde-Wert: 213 demandas*, Diario El País, 2 de abril de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/04/02/actualidad/1333353736_568603.html, (consultado por última vez el 22 de febrero de 2013).

⁷⁰⁴ ROMERO, PABLO, *La primera resolución de la Ley Sinde obliga a retirar enlaces 'presentes y futuros'*. Diario El Mundo, 18 de junio de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/18/navegante/1340002797.html>, (consultado por última vez el 22 de febrero de 2013).

⁷⁰⁵ *Wert afirma que hoy es un 'día de celebración'*, Diario El Mundo, 1 de marzo de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/01/navegante/1330596052.html>, (consultado por última vez el 22 de febrero de 2013).

⁷⁰⁶ KOCH, TOMMASO, *Luz Casal, primer caso de la comisión de la 'ley Sinde'*, Diario El País 20 de junio de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/06/18/actualidad/1340009114_773108.html. Y ROMERO, PABLO, *La primera resolución de la Ley Sinde obliga a retirar enlaces 'presentes y futuros'*, Diario El Mundo, 18 de junio de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/18/navegante/1340002797.html>, (consultado por última vez el 22 de febrero de 2013).

⁷⁰⁷ También operativa en el momento que escribo estas líneas (búsqueda realizada el 23 de febrero de 2013).

de considerar a las webs de enlaces como prestadores de servicio de intermediación, serían que de no retirar los enlaces se les podría aplicar el Artículo 38.2. b) de la LSSI, que consideraría esta inacción como una infracción muy grave⁷⁰⁸, lo cual llevaría aparejado “multa de 150.001 hasta 600.000 euros”⁷⁰⁹ y en caso de “reiteración en el plazo de tres años de dos o más infracciones muy graves, sancionadas con carácter firme”⁷¹⁰, “la sanción de prohibición de actuación en España, durante un plazo máximo de dos años”⁷¹¹. La segunda resolución se tomó contra la web de enlaces CINETUBE.COM⁷¹², por violación de los derechos de propiedad intelectual de las películas de producción español “La voz dormida”, “Buried” y “Silencio en la nieve”. El Procedimiento resultó ser casi idéntico al realizado en el caso anterior, ya que el responsable primario señalado en este era una empresa domiciliada en las Islas Seychelles, responsable de la web de almacenamiento LETITBIT.NET. Como hemos señalado anteriormente, ambos procedimientos terminaron con la retirada de los enlaces, y ambas webs de enlaces continúan hoy en día plenamente operativas.

A 17 de diciembre de 2012, diez meses después de que la CPI comenzara a funcionar, se habían resuelto “más de 350 solicitudes. De estas, 244 han sido archivadas al no subsanar la solicitud que, de partida, o era defectuosa o estaba poco fundamentada, y otras diez se han resuelto mediante su archivo porque se han retirado los contenidos vulneradores de derechos de propiedad intelectual”⁷¹³. Significativamente no se había verificado aún ninguna sanción económica. El propio secretario de Estado de Cultura, JOSÉ MARÍA LASSALLE, reconocía que la CPI no funcionaba “todo lo bien que debería”, ya que existían “obstáculos en cuanto al trabajo y al funcionamiento cotidiano”⁷¹⁴. Mientras tanto el presidente de la entidad de gestión CEDRO, PEDRO DE ANDRÉS ROMERO, afirmaba que la CPI no estaba funcionando “por falta de medios

⁷⁰⁸ Artículo 38.2. b) LSSI: “2. Son infracciones muy graves: b) El incumplimiento de la obligación de suspender la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a la red o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación, cuando un órgano administrativo competente lo ordene, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11”.

⁷⁰⁹ Artículo 39.1. a) LSSI.

⁷¹⁰ Ídem.

⁷¹¹ Ídem.

⁷¹² Asimismo plenamente operativa en el momento que escribo estas líneas (búsqueda realizada el 23 de febrero de 2013).

⁷¹³ HUERTA, ROCÍO, “La Comisión de Propiedad Intelectual no funciona lo bien que debería”, Diario El País, 17 de diciembre de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/12/17/actualidad/1355750941_463822.html, (consultado por última vez el 22 de febrero de 2013).

⁷¹⁴ Ídem.

*humanos y materiales”*⁷¹⁵. Poco después el director general de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), MIGUEL ÁNGEL BENZAL, denunció que *"no se ha visto ningún efecto a las actuaciones de la comisión de propiedad intelectual. Seguimos igual o peor"*⁷¹⁶.

Los datos a 15 de febrero de 2013; es decir, casi un año después de la entrada en vigor de la norma señalaban que la CPI había recibido *"361 solicitudes de inspección de contenidos ilícitos. Entre ellas, hay que descontar las 200 denuncias presentadas en los primeros días por el músico y miembro de la SGAE Eme Navarro; con aquel gesto, el tipo pretendió denunciar la inutilidad de la ley Sinde-Wert. Otras 46 fueron archivadas por defectos de forma. De las 115 restantes, según datos de la Secretaría de Estado de Cultura, 90 siguen en fase de investigación y 25 terminaron en acuerdo. Es decir, fueron retirados los contenidos de la discordia. En dos ocasiones, porque se dictó una resolución (llamada a dar paso a una intervención judicial); y en las demás, porque valió con la primera o la segunda notificación a los presuntos infractores"*⁷¹⁷. Es decir, un balance más bien magro en cuanto a sus resultados, que había provocado que *"los responsables de EGEDA, entidad de gestión de los derechos de los productores de cine, reconocían ayer [14 de febrero de 2013] que desde septiembre han perdido la fe y no han hecho llegar ninguna denuncia a la comisión [...] (la SGAE o la AISGE, la de los intérpretes, no han presentado, por ejemplo, ninguna denuncia)"*⁷¹⁸.

¿Recuerdan el discurso de ENRIQUE GONZÁLEZ MACHO en la ceremonia de entrega de los Premios Goya del año 2012? Pues bien, en su discurso en la misma ceremonia del año siguiente, el 2013 el Director de la Academia de Cine se quejaba amargamente de que la situación en España, después de cerca de cuatro años de idas y vueltas con la "Ley Sinde" no hubiera cambiado en absoluto:

⁷¹⁵ *La Ley Sinde no funciona*, Diario El País, 9 de octubre de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/10/09/actualidad/1349788203_608936.html, (consultado por última vez el 23 de febrero de 2013).

⁷¹⁶ *EGEDA critica que la Ley Sinde no ha tenido 'ningún efecto'*, Diario El Mundo, 23 de noviembre de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/23/navegante/1353655199.html>, (consultado por última vez el 23 de febrero de 2013).

⁷¹⁷ SEISDEDOS, IKER, *La 'ley Sinde-Wert', ese agujero negro*, Diario El País, 15 de febrero de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/15/actualidad/1360961194_991474.html, (consultado por última vez el 23 de febrero de 2013).

⁷¹⁸ Ídem.

“Y ya que hablamos de dinero y de recaudación, denunciemos una vez más el dinero que pierde la Cultura con la piratería. Tan sólo en la industria cinematográfica la piratería ha supuesto la enorme cifra de 3.000 millones de euros.

No es demagogia decir que su desaparición, o cuando menos su disminución, aportaría al Estado unos recursos infinitamente superiores a los pretendidos con la subida del IVA y, mucho más importante, se crearían miles de puestos de trabajo.

Desgraciadamente, no sólo no se han hecho los esfuerzos necesarios sino que, al contrario, las cifras han sido este año iguales o peores que los de años anteriores. Con la promulgación de la tímida y mal llamada “Ley Sinde”, Estados Unidos nos sacó de la famosa Lista 301 donde se encuentran los países proscritos por su descontrol o su inoperancia con esta lacra. La pequeña esperanza que se abrió, se quedó sin embargo en nada: volveremos a estar en esa lista negra más bien antes que después.

¿Cómo se puede sentir un sector al que se critica desde ciertos ámbitos por recibir unas ayudas públicas que suponen unos 39 millones, rentables para el Estado, pero al cual la actividad ilegal le está sustrayendo cientos de millones?

Ya no vale la excusa de que no hay una oferta legal en la red. Hoy en día existen más de 20 portales que ofrecen miles de películas a precios muy asequibles.

Entendamos de una vez por todas que sin el estricto respeto a los derechos de autor y a la propiedad intelectual no solo no es posible el desarrollo de cualquier industria cultural, sino que el empobrecimiento será cada vez más agudo.

O terminamos con el expolio o él terminará con la Cultura”.

Por si la inoperancia de la CPI fuera poco, paradójicamente los titulares de derechos de autor se encontraron con la paradoja de que la largamente deseada “Ley Sinde” les inhabilitaba para utilizar

las vías jurisdiccionales habituales, como pronto comenzaron a reconocer algunas sentencias, que argumentaban que habiendo el legislador optado por la utilización de un procedimiento administrativo contra la vulneración de derechos de propiedad intelectual en la Red, la vía del derecho penal ya no les resultaba expedita para luchar contra la utilización no autorizada de sus obras, con lo que su situación de indefensión frente a las mismas se había convertido quizás en la peor conocida y posible :

"El Legislador, en vez de modificar el vigente artículo 270 del Código Penal para superar los problemas interpretativos que plantean las páginas de enlaces de contenidos de Internet, ha optado por una intervención administrativa para clausurar estas páginas o retirar sus contenidos caso de que se vulneren los derechos de propiedad intelectual. El principio de subsidiariedad del derecho penal es un argumento más para sostener la atipicidad de la conducta investigada" ⁷¹⁹ .

d) ¿Resultaba realmente necesaria una “Ley Sinde”?

El objetivo principal perseguido con la aprobación de la Disposición Final Cuadragésimo Tercera de la LES, y con el RDCPI no era otro que el de agilizar la lucha contra las numerosas webs que, como hemos explicado más arriba, se lucraban con la reproducción y comunicación no autorizada de archivos que contuvieran obras protegidas por el Derecho de Autor a través de la Red. Dichas webs (esto es, las estrictamente españolas, operadas por empresas domiciliadas en nuestro país) eran y son fundamentalmente las llamadas “de enlace”. La lentitud de la justicia española, pensaba el Legislador, iba en detrimento de la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de Internet, por lo que se intentó arbitrar un procedimiento más ágil, utilizando la vía administrativa. Además, la vía administrativa, pensaban, ofrecía ventajas considerables: (a) Se dejaría en paz a los usuarios/votantes, cuyas actividades ilícitas (amén de escasamente éticas) en el ámbito de la Red no se perseguirían en ningún caso; (b) Resultaba compatible con el modelo dibujado en la Circular 1/2006; y (c) resultaba un buen método para responder a las crecientes presiones que la comunidad internacional (y no sólo los EE.UU.) ante la evidente situación de legalización de hecho de la piratería en España, y que pareciera que “se estaba haciendo algo” al respecto.

⁷¹⁹ Auto de 15 de Marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid. Caso eDonkeyMania.

No obstante, ya existían vías judiciales con anterioridad, que probablemente hubieran resultado suficientes para la protección efectiva del Derecho de Autor en el ámbito de la Red, si el Ordenamiento Jurídico que regulara este tema (y aquí incluyo no sólo la Ley, sino también la jurisprudencia y las instrucciones administrativas relevantes, cuyo análisis hemos desarrollado a lo largo de estas mismas páginas) no hubiera resultado tan calculadamente ambiguo en la forma, y tan descaradamente “*revisionista*” en el fondo. En el ámbito de las alternativas procedimentales disponibles para los titulares de derechos de explotación para su defensa efectiva ante los tribunales (si excluimos el problema derivado de la lentitud de nuestros tribunales), nuestro país no resulta tan distinto de otros (EE.UU.) en cuanto a las alternativas disponibles para la protección del Derecho de Autor. Por ejemplo, para cerrar de forma rápida una web que lesionara los derechos de autor ajenos ya existían herramientas procedimentales de urgencia, tal y como la adopción de las medidas cautelares recogidas en los artículos 141 y 720 y ss. de la LPI, que se podrían adoptar en “*ciertas condiciones de especial urgencia, “inaudita parte”*”, en conexión con el artículo 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) ⁷²⁰. Entre los requisitos imperativos para la aplicación de tales medidas cautelares, el único que la LPI exigía expresamente se encontraba incluido en su artículo 141.1. Este requisito no era otro que el de que existiera efectivamente una infracción de los derechos exclusivos de propiedad intelectual; aunque “*dicha infracción podría ser simplemente temida (“cuando exista temor racional y fundado de que esta va a producirse”)*” ⁷²¹; con los requisitos habituales de “*fumus bonae iuris*” y “*periculum in mora*” que se pueden encontrar de manera casi rutinaria en las actividades de las webs de enlace, especialmente en casos en que la demora en tomar tal medidas significará un daño irreparable para el titular de derechos sobre una determinada obra (por ejemplo, una película que se halle en cartelera en los cines simultáneamente a la comisión de la infracción). El artículo 141 de la LPI permitía por tanto en principio la adopción de medidas cautelares contra los usuarios, así como contra los responsables de las páginas web en las que se hubiera distribuido software P2P. Además, si se realizara una mínima modificación legal que penara los actos de publicación y ordenación de enlaces (es decir, los actos de facilitación e inducción a la realización de ilícitos contra el Derecho de Autor).

⁷²⁰ Ver el magnífico análisis sobre este tema que realiza GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Págs. 242 y ss.

⁷²¹ Ídem. Pág. 243.

Además también se hubieran podido utilizar usar estas medidas cautelares en contra de los responsables de las webs de enlace. Por tanto, la posibilidad de un procedimiento rápido (al menos en cuanto a evitar el daño económico sufrido por el titular de derechos cuando el infractor fagocita su inversión en la producción y publicidad previa a la explotación primera de la obra; es decir cuando el infractor se lucra con un producto ajeno, que goza del valor añadido que da la novedad) existe y existía en la legislación española con anterioridad a la promulgación de la “Ley Sinde”.

Además, ya fuera del ámbito de las medidas cautelares, existen acciones judiciales suficientes para luchar de manera efectiva contra la piratería; como por ejemplo las acciones de cesación y remoción del artículo 139 de la LPI; que *“pueden ser por tanto dirigidas no sólo contra colaboradores o coautores de la usurpación (como los usuarios y los operadores de programas P2P) sino incluso contra terceros de buena fe (salvo los del artículo sienta 139.4 de la LPI) que no hayan desarrollado una actividad de infracción directa, como demuestra el hecho de que pueda dirigirse también según el artículo 139.1. h) de la LPI contra los intermediarios que prestan sus servicios a los infractores en el ámbito de los servicios de la sociedad de información”*⁷²². Así, para GARROTE, existe *“sin duda la posibilidad de solicitar el cese definitivo de la difusión al público por cualquier medio de los programas P2P (suspensión definitiva de la actividad infractora, art. 139.1 a) de la LPI) y prohibición de reanudarla (art. 139.1. b) de la LPI)”*⁷²³. Además se podrá ejercitar la acción de prohibición del artículo 139.1 b) de la LPI; y hasta la destrucción de los ordenadores y servidores utilizados para llevar a cabo la actividad ilícita, según el art. 139.1 d) de la LPI; sin perjuicio de la acción indemnizatoria del 140 de la LPI”⁷²⁴.

⁷²² Ídem. Pág 247.

⁷²³ Ídem.

⁷²⁴ GARROTE defiende que incluso podrían ser de aplicación otras normas fuera de la LPI; como por ejemplo el artículo 11 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD: “1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno”.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado”; y por tanto sería aplicable la acción de enriquecimiento injusto del art. 18.6 de la LCD (art. 32.1.6 tras la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen

Aunque el Profesor GARROTE defienda la existencia de la responsabilidad por colaboración en el texto de la LPI ⁷²⁵, también nos recuerda que la doctrina se encuentra dividida en este punto. Tal y como hemos visto, la jurisprudencia emanada de los tribunales competentes españoles resulta claramente contradictoria. Así, los que entienden que no existe tal responsabilidad por la colaboración se basan fundamentalmente en el artículo 138 de la LPI; el cual “*se refiere de forma expresa únicamente al “infractor” (y no a sus colaboradores) y a que no hay establecido un sistema claro de atribución de responsabilidad en caso de pluralidad de conductas que produce que conducen a la producción del ilícito. Se cita también la ausencia de la LPI de una norma similar a la del artículo 51 de la ley de patentes* ⁷²⁶, lo que implicaría una decisión expresa del legislador en materia de propiedad intelectual” ⁷²⁷. El mismo Partido Popular, en su enmienda primera a la “Ley Sinde”, defendía que según la legislación española no existirían los infractores indirectos; por lo que resulta crucial que una eventual reforma de la LPI prescriba expresamente la responsabilidad de los infractores indirectos en general y de las webs de enlaces en particular.

Con esto, quiero hacer hincapié en que existía un procedimiento jurisdiccional perfectamente utilizable por los titulares de derechos de autor en defensa de su propiedad con anterioridad a la promulgación de la inoperante “Ley Sinde-Wert”. No obstante, tanto el procedimiento administrativo contemplado en aquella, como los procedimientos jurisdiccionales ya existentes que, con la ayuda de GARROTE, acabamos de enumerar, resultarían aprovechables y útiles solamente en el caso que se reformara el derecho sustantivo (no procedimental) contenido en la Ley material subyacente: la LPI.; concretamente en lo tocante a restringir o eliminar el límite de copia privada, y a prescribir expresa e inequívocamente la responsabilidad de las webs de enlace.

legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios). Ídem. Pág. 251.

⁷²⁵ Ídem. Pág 152 y ss.

⁷²⁶ Artículo 51.1 y 2. de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad. “*La patente confiere igualmente a su titular el derecho a impedir que sin su consentimiento cualquier tercero entregue u ofrezca entregar medios para la puesta en práctica de la invención patentada relativos a un elemento esencial de la misma a personas no habilitadas para explotarla, cuando el tercero sabe o las circunstancias hacen evidente que tales medios son aptos para la puesta en práctica de la invención y están destinados a ella.*

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable cuando los medios a que el mismo se refiere sean productos que se encuentren corrientemente en el comercio a no ser que el tercero incite a la persona a la que realiza la entrega a cometer actos prohibidos en el artículo anterior”.

⁷²⁷ Ídem. Pág 255.

En otras palabras: no es que no existan procedimientos aplicables; es que ningún procedimiento resulta válido para declarar que resulta ilícito aquello que no resulte manifiestamente evidente que sea ilícito de acuerdo con la Ley material.

Personalmente, sugeriría la idea consistente en configurar un orden jurisdiccional especial para la protección de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la Red; que podría también conocer sobre los derechos de propiedad industrial (derecho de patentes y derecho de marcas comerciales); es decir, abarcando todo lo que en derecho anglosajón se conoce como propiedad intelectual, e incluso cuestiones relacionadas con el comercio electrónico. España así (si se dotará este tribunal de los medios humanos y materiales necesarios para que funcionara de manera efectiva) se pondría a la vanguardia de la comunidad internacional en cuanto a dotar a las actividades que se realizan en la Red de un ambiente de seguridad jurídica, lo cual no tengo ninguna duda redundaría en el beneficio general. De hecho, me encuentro más convencido de que la creación de este orden jurisdiccional resulta inevitable más bien a medio que a largo plazo, puesto que el número de transacciones (no sólo relacionadas con los derechos de autor) en línea se ha multiplicado, se multiplica y se multiplicará de forma exponencial a lo largo de los próximos años. Vivimos, compramos, y nos entretenemos en la Red; y esta realidad se abre camino progresivamente por mor del paso del tiempo y de la innovación tecnológica. Esto no significa que, como defienden los “*tecnologistas*”, Internet sea haya de dejar a su propio y libre albedrío. La auténtica “*revolución digital*” fructificará cuando se haga valer el imperio de la Ley también en el mundo de los códigos binarios. Internet no puede ser un espacio exento de regulación por el derecho positivo, ya que esta situación en que la norma legal carece de efectividad en la Red resulta profundamente antidemocrática.

La proyectada reforma de la LPI del AMPLI 2013 y del PMLPI 2014.

Puesto que como hemos subrayado, todos los intentos legislativos realizados con el objetivo de poner coto a la piratería en nuestro país han resultado infructuosos e inoperantes, especialmente la “*Ley Sinde-Wert*” y su desarrollo reglamentario, los padres de la proyectada reforma de la LPI parecen haber intentado extraer enseñanzas útiles del estrepitoso fracaso de sus anteriores intentos. Así, tanto el Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad

Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, De 12 De Abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante AMPLI 2013), como Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en el Boletín General de las Cortes Generales el 21 de febrero de 2014 (en adelante, PMLPI 2014) añaden a la LPI un nuevo artículo, el 158 ter, que delimita el procedimiento sancionador gestionado por la Sec. 2ª de la CPI (procedimiento por otra parte no excluyente del potencial recurso a los Tribunales tanto del Orden Civil como del Penal, como se señala de manera específica en el mismo artículo 158 ter). El Informe del Consejo General del Poder Judicial de 25 de julio de 2013 al Anteproyecto de Ley de modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante Inf. CGPJ 2013) así lo señala:

*“El procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital se encuentra actualmente contemplado en el art. 158.4 LPI y en los arts. 15 a 24 del RD 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. En el Anteproyecto su regulación se inscribe en el futuro art. 158 ter LPI, que consta de ocho apartados, algunos de gran extensión. Esta parte del Anteproyecto merece nuestra atención en la medida en que se trata de un procedimiento administrativo de protección de derechos de propiedad privada que se erige en vía alternativa, no excluyente, de las acciones de tutela judicial civil y penal”*⁷²⁸.

Evidentemente, y puesto que ya conocemos el texto del PMLPI 2014⁷²⁹, y existiendo además tanto el citado Inf. 2013, como el Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013 sobre el mismo tema, y puesto que aunque evidentemente no es este el tema principal de mi trabajo sí que se encuentra íntimamente conectado a él en este punto, por cuanto la misión real a la que nos enfrentamos es acabar con la piratería en la Red, y construir un mercado lícito en nuestro país. Por tanto, sólo tomaré de la reforma lo que afecta a este trabajo, con la esperanza de que este esfuerzo

⁷²⁸ Inf. CGPJ 2013. Punto 99.

⁷²⁹ Recordemos: Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

resulte de alguna utilidad una vez aprobada la Reforma. Así pues, no está de más realizar un estudio comparativo de la redacción del proyectado artículo 184 ter. de la LPI tanto según aparece en el AMLPI 2013 ⁷³⁰, como en el PMLPI 2014 aprobado recientemente. Por supuesto, quien sabe lo que quedará de este artículo tras su trámite parlamentario (el Partido Popular goza de mayoría absoluta, pero siempre se realizan modificaciones, y parece ser que el partido mayoritario de la oposición, el Partido Socialista, es completamente contrario a la reforma de la LPI prevista, aunque en este sentido existen noticias contradictorias ⁷³¹).

En cuanto al proyectado artículo 158 ter en sí, hay que decir que su punto 1º su redacción resulta idéntica tanto en el AMLPI 2013, como en el PMLPI 2014:

“1. La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad”.

Las divergencias entre ambas redacciones (la del Anteproyecto de Ley y la del Proyecto de Ley) se hacen más acusadas en su punto segundo, en el que las diferencias entre ambos se hacen más palpables. El punto segundo de este artículo prevé los sujetos sancionables por parte de la Sec. 2ª de la CPI, de una manera extraordinariamente positiva, ya que al fin se explicita legalmente el ilícito de facilitación, que es el que mejor se adecúa a la función antijurídica que realizan las redes de enlaces ⁷³². Así el AMLPI 2013 preveía una redacción del artículo 158 ter que se podía leer como sigue:

⁷³⁰ Recordemos asimismo que hablamos del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁷³¹ Ver. *El PSOE quiere pactar con el Gobierno la Ley de Propiedad Intelectual*, Diario ABC, 4 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.abc.es/cultura/20131004/abci-psoe-gobierno-reforma-propiedad-201310041604.html>. (Consultado por última vez el 5 de marzo de 2014); Ver asimismo *El PSOE exige al Gobierno que retire la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual*, EUROPA PRESS, 5 de diciembre de 2013. Disponible en <http://www.europapress.es/cultura/exposiciones-00131/noticia-psoe-exige-gobierno-retire-modificacion-ley-propiedad-intelectual-20131205171341.html>. (Consultado por última vez el 5 de marzo de 2014)

⁷³² De hecho este nuevo ilícito se explicita ya en la reforma del artículo 138 de la LPI prevista en el artículo 19 del PMLPI 2014, y que se encuentra redactado de la siguiente manera:

“Artículo 138. Acciones y medidas cautelares urgentes.

“2. El procedimiento de restablecimiento de la legalidad se dirigirá contra:

a) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren directamente derechos de propiedad intelectual de forma significativa, atendiendo al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio y a su modelo de negocio.

b) Subsidiariamente, en el caso de que dichos prestadores de servicios no tengan con España vínculos suficientes o cuando concurran otros motivos que impidan la eficaz salvaguarda de los derechos vulnerados, aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información que cumplan las siguientes condiciones:

1º. Que participen en la vulneración de los derechos de forma significativa considerando su nivel de audiencia en España o el volumen obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas cuya localización se facilite.

El titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.

Tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación.

Asimismo, podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141.

Tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias”.

Esta introducción del ilícito de facilitación ha recibido el merecido elogio del Consejo de Estado, que en su Informe 1064/2013 apunta que “Se aprecia en esta redacción la voluntad del prelegislador de incorporar al Derecho interno categorías ya empleadas en el Derecho anglosajón, como la responsabilidad por contribución a la infracción (contributory liability), y la responsabilidad que puede imponerse a aquel que tiene el derecho y la capacidad de supervisar la actividad del sujeto infractor y que obtiene un beneficio económico derivado de dicha actividad (vicarious liability o responsabilidad por hecho ajeno). El Consejo de Estado valora positivamente la introducción de estas figuras en el marco de la protección de los derechos de propiedad intelectual”. El Consejo de Estado no erra en su interpretación, puesto que estos conceptos jurídicos son resultado directo de la Sentencia GROKSTER del TS de los EE.UU. MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

2º. Que su principal actividad sea la de facilitar de manera específica y masiva la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización.

3º. Que desarrollen una labor activa, específica y no neutral de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas de localización, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente. Todo ello con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

4º. Que no se limiten a desarrollar actividades de mera intermediación técnica.

5º. Que, directa o indirectamente, actúen con ánimo de lucro o hayan causado o sean susceptibles de causar un daño patrimonial”.

Tanto las críticas derivadas del Inf. CGPJ como del Dictamen 1064/2013 del Consejo de Estado se refieren a la exigencia de que la infracción de los derechos de explotación realizados en el ámbito de la Red sea “significativa”. Así el Dictamen 1064/2013 critica la indefinición de tal término:

“En cuanto a los requisitos exigidos para que el procedimiento pueda dirigirse contra un prestador de servicios de la sociedad de la información (apartado 2 del artículo 158 ter), se introduce, con respecto a la vigente LPI, el concepto consistente en que la vulneración de los derechos sea "significativa". Los criterios que emplea el Anteproyecto para tratar de precisar ese criterio esencial (como el nivel de audiencia en España del prestador de servicios o el volumen de las obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas) no se estiman ni precisos ni suficientes para perfilar un elemento central del procedimiento de salvaguarda. El Anteproyecto no especifica si la vulneración será significativa por el daño patrimonial causado (como señala AUC) o por el número de vulneraciones individuales que se cometan (un criterio cuantitativo como el que apunta La Coalición) o si la vulneración significativa implica que también ha de ser significativo el daño patrimonial causado. La ambivalencia del término introduce un elemento de

complejidad adicional en el sistema de tutela de los derechos, que es preciso evitar con la introducción de alguna previsión adicional que pudiera fijar ese concepto, o relativizar su amplitud potencial -como, por ejemplo, ligando el carácter significativo con la actividad de vulneración referida a las concretas obras de un autor-. El Consejo de Estado entiende que la inclusión del criterio examinado puede pugnar con la finalidad del Anteproyecto proclamada en la exposición de motivos, sobre la mejora de la eficacia de los mecanismos de tutela de los derechos de propiedad intelectual; a lo que se une que el carácter significativo, ligado a requisitos adicionales como el nivel de audiencia, no casan de manera clara con el consistente en que los prestadores de servicios de la sociedad de la información "hayan causado o sean susceptibles de causar un daño patrimonial" (nº 4º de la letra b) del apartado 2 del artículo 158 ter)".

Y de la misma manera el Inf. del CGPJ, critica esta exigencia de que la infracción sea “significativa”, ya que en opinión del CGPJ, la propia indefinición del término podría rendir la reforma inútil:

“Sobre los sujetos frente a los que podrá dirigirse el procedimiento, se observa que el Anteproyecto amplía por un lado el espectro de los mismos, si bien lo restringe por otro. Comenzando por esto último, el efecto restrictivo deriva de la nueva exigencia plasmada en el art. 158 ter.2.a) LPI, conforme a la cual el procedimiento se dirigirá contra prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren directamente derechos de propiedad intelectual de forma significativa, atendiendo, entre otros, a su nivel de audiencia en España o al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio y a su modelo de negocio. Esta exigencia, relativa al especial significado de la vulneración atendida la clase de factores que el propio precepto enumera, no se encuentra en el actual art. 158.4 LPI, donde sólo se requiere que el prestador de servicios vulnere derechos de propiedad intelectual –no tiene por qué ser de forma significativa– y actúe directa o indirectamente con ánimo de lucro, o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial, requisito éste que el Anteproyecto también mantiene (en el apartado 4 del art. 158 ter LPI). A partir de la reforma, por consiguiente, un titular que observe cómo una

obra cuya está siendo objeto de utilización ilícita en un sitio de Internet con relativa poca audiencia en España, en el que el número de contenidos indiciariamente ilícitos no sea muy numeroso y donde el modelo de negocio no revele una vulneración significativa, no podrá acudir al procedimiento de salvaguarda ante la S2 CPI.

En este sentido, esta modificación no parece que tenga por objeto –volviendo a los propósitos enunciados en la Exposición de Motivos– “mejorar la eficacia de los mecanismos legales para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las vulneraciones que puedan sufrir en el entorno digital”.

Por otro lado, debe advertirse del peligro de que la norma de este segundo apartado del art. 158 ter LPI se neutralice con la del apartado 4 de ese mismo artículo, ya que, por definición, si el prestador en cuestión posee un “modelo de negocio” podrá afirmarse que persigue, directa o indirectamente, un ánimo de lucro. Por otro lado, aunque el sitio de Internet desde el que se produzca la vulneración tenga poca audiencia en España o no contenga un volumen masivo de contenidos ilícitamente ofrecidos, no por ello dejara de causar o ser susceptible de causar un daño patrimonial a los titulares de derechos. En otras palabras, si el prelegislador desea incorporar esa nueva exigencia de la vulneración significativa en el art. 158 ter.2.a) LPI, tal vez no pueda mantener en paralelo el requisito, menos cualificado, de que el prestador posea ánimo de lucro o cause/pueda causar un daño patrimonial”⁷³³.

A pesar de que mi posición respecto tanto al Dictamen 1064/2013 del Consejo de Estado, como sobre el Inf. del CGPJ sea intensamente crítico en cuanto a sus conclusiones respecto de la reforma restrictiva que se pretende realizar sobre el límite de copia privada, en este caso la crítica a la indefinición del término “*significativa*” me parece muy acertada. No obstante, el PMLPI 2104 mantiene el término en su (alterada) redacción del proyectado artículo 158 ter.2:

“2. El procedimiento de restablecimiento de la legalidad se dirigirá contra:

⁷³³ Inf. del CGPJ. Punto 100.

A) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de forma significativa, atendiendo, entre otros, a su nivel de audiencia en España, al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio.

B) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de la forma referida en el párrafo anterior, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio”.

La mayor diferencia entre ambas redacciones (de la que indisimuladamente me congratulo) es que elimine el requisito de que los infractores *“directa o indirectamente, actúen con ánimo de lucro o hayan causado o sean susceptibles de causar un daño patrimonial”*. Requisito este que, dado el *“desorden conceptual”* sobre lo que sea el *“ánimo de lucro”* hubiera planteado problemas serios en el momento en que se redujera a la práctica la reforma.

En cuanto al punto 3º del proyectado artículo 158 ter, también ha sufrido variaciones en su redacción desde el AMLPI 2013 al PMLPI 2014. Básicamente se ha incluido en el Proyecto de Ley la reglamentación relativa al requerimiento previo necesario a la actuación de la Sec. 2ª de la CPI que no existía en el Anteproyecto ⁷³⁴. Así el punto 3º del artículo 158 ter quedaría tras la modificación, y de seguirse la redacción del PMLPI 2014 como sigue:

⁷³⁴ La redacción del punto 3º del proyectado artículo 158 ter era en el AMPLI 2013 de una simplicidad difícilmente explicable:

“3. El procedimiento se iniciará de oficio, siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio. Este procedimiento, que se desarrollará reglamentariamente, estará basado en los principios de celeridad y proporcionalidad y en el mismo serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 23

“3. El procedimiento se iniciará de oficio, previa denuncia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio, debiendo acreditarse suficientemente en la misma el previo intento de requerimiento de retirada infructuoso al servicio de la sociedad de la información presuntamente vulnerador solicitando la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización, siendo suficiente dirigir dicho requerimiento a la dirección electrónica que el prestador facilite al público a efectos de comunicarse con el mismo. Este requerimiento previo podrá considerarse cuando proceda, a efectos de la generación del conocimiento efectivo en los términos establecidos en los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, siempre y cuando identifique exactamente la obra o prestación, al titular de los derechos correspondientes y, al menos, una ubicación donde la obra o prestación es ofrecida en el servicio de la sociedad de la información. En caso de que el prestador de servicios no facilite una dirección electrónica válida para la comunicación con el mismo no será exigible el intento de requerimiento previsto en este párrafo. El intento de requerimiento se considerará infructuoso si el prestador requerido no contesta o, incluso contestando, no retira o inhabilita el acceso a los contenidos correspondientes en un plazo de tres días desde la remisión del correspondiente requerimiento.

Las entidades de gestión estarán legitimadas para instar este procedimiento en los términos de lo dispuesto en el artículo 150.

Este procedimiento, que se desarrollará reglamentariamente, estará basado en los principios de celeridad y proporcionalidad y en el mismo serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud y de caducidad del procedimiento. Las resoluciones dictadas por la Sección en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa”.

La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido producirá la caducidad del procedimiento.

Las resoluciones dictadas por la Sección Segunda en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa”.

Las especificaciones del punto tercero del artículo son entonces de tipo procedimental, y relativas a las garantías jurídicas de las que necesariamente ha de disfrutar el infractor, ya que ha de asegurarse de que este goce de un “*conocimiento efectivo*” de su acción antijurídica antes de que se pueda actuar contra él, según prevén los artículos 16 y 17 de la DDASI (el fraude de Ley cometido al albor de esta garantía ha sido uno de los puntos clave que ha hecho fracasar estrepitosamente todo intento de regulación anterior). Asimismo, el artículo prevé la posibilidad de que el infractor no conteste al requerimiento de retirada de contenidos o enlaces jurídicos (lo cual ocurre constantemente, ya que la mayoría de las webs infractoras no se encuentran alojadas en nuestro país). No obstante, existe una crítica realizada por el Inf. del CGPJ que me parece muy adecuada, y es que el artículo no prevé que ocurrirá cuando el infractor, a requerimiento del titular de derechos retire momentáneamente los contenidos antijurídicos (o los enlaces a estos contenidos) de su web para volverlos a colocar posteriormente en su web, con lo que el titular de derechos vulnerados se verá así incapacitado en la práctica para acceder al procedimiento en sí; es decir, a la intervención de la Sec. 2ª. Es por ello que el Inf. del CGPJ advierte que:

“En fin, el mecanismo proyectado no evita que pueda producirse una situación circular que, a la postre, haga inviable para el titular perjudicado acudir a la tutela prestada por la S2 CPI. Esta situación puede producirse si el presunto infractor, tras recibir el requerimiento, retira voluntariamente durante un cierto tiempo los contenidos infractores, para después volver a ofrecerlos.

Ello obligará al titular a efectuar un nuevo requerimiento, y así sucesivamente, pero al no ser ninguno de ellos infructuoso en sentido propio, no se daría nunca la condición previa para poder solicitar de la S2 CPI el inicio del procedimiento”⁷³⁵.

No obstante, esta deficiencia se corrige en el punto 4° del proyectado artículo. En este caso, la redacción potencial que se sugiere en el AMLPI 2013, y en el PMLPI 2014 no difiere en demasía⁷³⁶. Sin embargo existe un punto en ambas redacciones divergen, y es que el PMLPI 2014 añade que *“La interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas tendrán valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración*

⁷³⁵ Inf. CGPJ. Punto 104.

⁷³⁶ Así, la redacción prevista en el AMLPI 2013 es la siguiente:

“4. La Sección Segunda podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

La Sección Segunda podrá extender las medidas de retirada o interrupción a todas las obras o prestaciones protegidas cuyos derechos representen las personas que hayan participado como interesadas en el procedimiento o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurren hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días.

La Sección dictará resolución en el plazo máximo de tres días.

La interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas pondrá fin al procedimiento”. Mientras que la redacción del PMLPI 2014 se lee como sigue:

“4. La Sección Segunda podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Dichas medidas podrán comprender medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor que tengan por objeto asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la misma.

La Sección Segunda podrá extender las medidas de retirada o interrupción a otras obras o prestaciones protegidas suficientemente identificadas cuyos derechos representen las personas que participen como interesadas en el procedimiento, que correspondan a un mismo titular de derechos o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurren hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Sección dictará resolución en el plazo máximo de tres días.

La interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas tendrán valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración de derechos de propiedad intelectual y pondrá fin al procedimiento”.

de derechos de propiedad intelectual”. Es decir, que la retirada voluntaria de los archivos ilícitos por parte del presunto infractor pondrá fin al procedimiento, pero a su vez supondrá un reconocimiento implícito de la ilicitud de sus actos, lo que evitará que los presuntos infractores retiren los archivos o enlaces infractores para evitar el procedimiento sancionador por parte de la Sec. 2ª de la CPI, para volver a colocarlos más tarde, obligando a la víctima a comenzar un nuevo procedimiento (con la obligación de realizar un requerimiento previo de retirada, etc.). El Informe del CGPJ valora muy positivamente este punto ⁷³⁷.

Por lo demás el punto 4º del proyectado artículo 184 ter de la LPI asimismo realiza una innovación notable. Hasta ahora, uno de los mayores problemas a los que se enfrentaba la Sec. 2ª de la CPI es que la petición de retirada de archivos y el procedimiento sancionador se llevaban a cabo sobre archivos u obras individuales. Pues bien el 2º Párrafo del punto 4º del artículo prescribe que *“La Sección Segunda podrá extender las medidas de retirada o interrupción a otras obras o prestaciones protegidas suficientemente identificadas cuyos derechos representen las personas que participen como interesadas en el procedimiento, que correspondan a un mismo titular de derechos o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurren hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente”*. Si a esto unimos que las entidades de gestión tienen la capacidad de iniciar este tipo

⁷³⁷ “108. La segunda novedad que advertimos en este apartado tiene que ver con el valor que cabe dar a la retirada voluntaria de los contenidos, o a la interrupción del servicio, realizada por el sujeto contra el que se dirige el procedimiento a raíz del requerimiento inicial que la S2 CPI le dirigirá a tal efecto. El último párrafo del art. 158 ter.4 LPI en proyecto indica que esa retirada o interrupción voluntarios “tendrán valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración de derechos de propiedad intelectual”. Esta previsión estaba contenida en el art. 20.2 del RD 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, pero ha resultado anulada por la STS, Sala 3ª, de 31 de mayo de 2013, que resolvía el recurso elevado contra dicho real decreto por la entidad «Red de Empresas de Internet». A juicio del Alto Tribunal, asignar a la retirada o interrupción voluntaria valor de reconocimiento implícito de la vulneración constituye un exceso de la norma reglamentaria respecto de la Ley a cuyo desarrollo sirve.

109. De esta forma, el prelegislador prevé dotar de rango legal a esa previsión, la cual este Consejo General considera por lo demás atinada, como ya tuvo ocasión de señalar en su Informe al proyecto de real decreto que terminaría siendo aprobado como RD 1889/2011. En él advertíamos la necesidad de introducir alguna consecuencia negativa anudada al hecho de la reanudación de la actividad infractora, y sugeríamos que la reapertura del expediente se produjera en una fase posterior a la de retirada voluntaria de los contenidos, pudiendo incluso ser en la fase de dictado de la resolución, sin pasar por la de prueba ni alegaciones, partiendo de que la retirada voluntaria de los contenidos venía a equivaler a un reconocimiento implícito de la infracción. Es decir, a diferencia de lo observado por la Sentencia que acaba de reseñarse, tendría sentido considerar infractor a quien procede a retirar voluntariamente los contenidos, pues aunque ello efectivamente suponga el restablecimiento de la legalidad y el fin del procedimiento, cabe que el expediente deba reabrirse por causa de la reanudación de la actividad infractora, tal y como se contempla en la parte restante del art. 20.2 del RD 1889/2011, que la referida Sentencia no ha anulado”. Inf. CGPJ. Puntos 108 y 109.

de procedimientos (esta es una de sus funciones más importantes), salvamos otra estratagema que las webs infractoras utilizaban para convertir el procedimiento sancionador en inoperante. Es decir, se podrá pedir a las webs infractoras la retirada en bloque de catálogos completos de obras ilícitas

738 .

El punto 5º del proyectado artículo 184 ter es otro de aquellos que a) reviste gran importancia; y b) apenas varía en las respectivas redacciones del Anteproyecto de Ley y el Proyecto de Ley de reforma de la LPI ⁷³⁹ . Este es el punto en que se regula (junto con el punto 6º) el procedimiento

⁷³⁸ El Inf. del CGPJ también valora muy positivamente este punto: “Si nos trasladamos al apartado cuarto del art. 158 ter LPI del Anteproyecto, descubrimos dos innovaciones que merecen ser destacadas. A la primera ya hicimos referencia en las consideraciones generales del Informe, y tiene que ver con la posibilidad de que la S2ª CPI extienda las medidas de retirada o interrupción a otras obras o prestaciones protegidas debidamente identificadas cuyos derechos representen las personas que hayan participado como interesadas en el procedimiento, o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurran hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente. Se trata, ésta sí, de una medida que puede redundar en una más eficaz protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, y que pone de manifiesto la necesidad de que la S2 CPI ofrezca una salvaguarda frente a vulneraciones masivas que afecten a toda una categoría de obras o prestaciones de la misma clase, o a todo el repertorio de obras y/o prestaciones pertenecientes a un mismo titular. Habida cuenta de ello, podría darse el paso de configurarse legalmente el procedimiento con ese carácter de protección plural o colectiva desde un inicio, cosa que en la actualidad no sucede (vid. arts. 15.3 y 17.2.a/ del RD 1889/2011, de los que se deriva la exigencia de identificar la concreta obra o prestación a la que se refiera la solicitud)”. Inf CGPJ. Punto 107.

⁷³⁹ De hecho ambas redacciones son prácticamente idénticas. Así, en el AMPLI 2013, la redacción es la siguiente: “5. En caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor.

En la adopción de las medidas de colaboración se dará prioridad a aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor.

El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet se considerará como medida de último recurso, en caso de ser ineficaces las demás medidas al alcance. A estos efectos, en el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo Registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses.

La falta de colaboración se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

Mientras tanto, en el PMLPI 2104 el proyectado punto 5º del artículo 184 ter se lee como sigue:

“5. En caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor.

En la adopción de las medidas de colaboración la Sección Segunda valorará la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor.

sancionador en sí, en que se incluyen medidas como el estrangulamiento económico de las webs infractoras a través del bloqueo de pagos por servicios de publicidad, y la cancelación de la web en caso de que su TLD sea española (por ejemplo: .es). La falta de colaboración en este sentido por parte de los prestadores de servicios de Internet y de publicidad en línea se considerará una falta administrativa. La innovación mayor que realiza el PMLPI 2014 sobre la redacción del AMLPI 2013 responde a una atinada recomendación del Dictamen 1064/2013 del Consejo de Estado. Así, el AMLPI 2013 consideraba que la medida consistente en el bloqueo de una web debía ser una de último recurso. Así, en el Anteproyecto se podía leer *“El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet se considerará como medida de último recurso, en caso de ser ineficaces las demás medidas al alcance”*⁷⁴⁰. El Dictamen 1064/2013 del Consejo de Estado realizó así una atinada crítica a este punto de la regulación:

“Ha sido criticada en la tramitación del expediente esta configuración del bloqueo del servicio como medida de último recurso, pues se ha entendido que la manera más eficaz de evitar la continuidad en la vulneración de los derechos de propiedad intelectual consiste en bloquear el servicio, sin esperar a que, bien el prestador proceda, tras varios intentos, a la retirada voluntaria, bien se acuerden por la Sección Segunda medidas de asfixia económica, porque aprecia "indicios de que puedan ser eficaces".

El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse específicamente en consideración de su proporcionalidad y su efectividad estimada, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance.

En el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo Registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses.

La falta de colaboración por los prestadores de servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

En todo caso, la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente, ante el incumplimiento del requerimiento de retirada o interrupción, emitido conforme al apartado anterior, por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información responsable de la vulneración, exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

⁷⁴⁰ Redacción del AMLPI 2013. Proyecto artículo 184 ter.5, párrafo 3º.

Como se ha puesto de manifiesto por diversas organizaciones intervinientes en la tramitación del expediente, existen en nuestro ordenamiento supuestos en los que la interrupción de las actividades ilícitas se atribuye a los órganos administrativos competentes, como ocurre en el artículo 47 ("medidas en relación con los prestadores de servicios de intermediación") de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

Sin duda, existen importantes diferencias entre ambos sectores de actividad, por la conexión entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos fundamentales contenidos en el artículo 20 de la Constitución; pero desde la reforma de la LPI por la Ley de Economía Sostenible se prevé que la adopción de las medidas de colaboración por los prestadores de servicios de la sociedad de la información exige previa autorización judicial, conforme al artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por consiguiente, dado que existe un adecuado cauce de tutela de los derechos en el entorno digital, el Consejo de Estado entiende que no existen motivos para que se configure el bloqueo como medida de último recurso, cuando suele ser precisamente la medida más eficaz para la tutela de los derechos de propiedad intelectual vulnerados. El sistema de tutela sería más eficaz si, con las debidas garantías de intervención judicial, se permitiera adoptar a la Sección Segunda la medida que en cada caso estimara precisa para la salvaguarda de los derechos”.

Consecuentemente, el PMLPI 2014 da libertad a la Sección 2ª para que adopte esta medida a su discreción si sus integrantes albergan la fundada opinión de que dadas las circunstancias del caso, esta sería la sanción de mayor eficacia; aunque por supuesto esta medida habría de motivarse por parte del Órgano Administrativo: “*El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse específicamente en consideración de su proporcionalidad y su efectividad estimada, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance*”. La misma transición de “último recurso”, a posibilidad de bloquear de manera motivada una web a criterio de los miembros de la Sec.2ª de la CPI se da en la sección 6ª del proyectado artículo que estamos analizando ⁷⁴¹. En este caso (y con la excepción de la

⁷⁴¹ Así, el AMLPI 2013, en su proyectado artículo 184 ter, tercer párrafo prescribe que “*El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet se considerará como medida de último*

modificación de la calificación de “último recurso” del bloqueo de una página infractora), las redacciones del AMLPI 2013 y del PMLPI 2014 tampoco difieren en demasía⁷⁴². Este mismo

recurso, en caso de ser ineficaces las demás medidas al alcance”; mientras que el PMLPI, en la redacción que da al mismo artículo, segundo párrafo letra b) señala que “El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse específicamente, en consideración de su proporcionalidad y su efectividad estimada, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance. y su efectividad estimada, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance”.

⁷⁴² Así, en el AMPLI 2013, la redacción del punto 6º es la siguiente:

“6. El incumplimiento por dos o más veces de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, emitidos conforme a lo previsto en el apartado anterior, por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información, constituirá una infracción administrativa grave sancionada con multa entre 30.000 y 300.000 euros. La reanudación por dos o más veces de actividades vulneradoras por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información también se considerará incumplimiento reiterado a los efectos de este apartado. Incurrirán en estas infracciones los prestadores que, aun utilizando personas físicas o jurídicas interpuestas, reanuden la actividad infractora.

Cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora, la comisión de la infracción podrá llevar aparejada las siguientes consecuencias:

a) La publicación de la resolución sancionadora, a costa del sancionado, atendiendo a la repercusión social de la infracción cometida y la gravedad del ilícito.

b) El cese de las actividades declaradas infractoras del prestador de servicios durante un período máximo de un año, cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora.

Para garantizar la efectividad de esta medida, el órgano competente podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, ordenándoles que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. En la adopción de las medidas de colaboración se dará prioridad a aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor. El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet se considerará como medida de último recurso, en caso de ser ineficaces las demás medidas al alcance. La falta de colaboración se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Cuando las infracciones hubieran sido cometidas por prestadores de servicios establecidos en Estados que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo pero cuyos servicios se dirijan específicamente al territorio español, el órgano que hubiera impuesto la correspondiente sanción podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación que tomen las medidas necesarias para impedir el acceso desde España a los servicios ofrecidos por aquéllos por un período máximo de un año.

El ejercicio de la potestad sancionadora se regirá por el procedimiento establecido en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo.

La imposición de las sanciones corresponderá a Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, órgano competente a efectos de lo dispuesto en los artículos 35, 36 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio.

El instructor del procedimiento sancionador podrá incorporar al expediente las actuaciones que formasen parte de los procedimientos relacionados tramitados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en ejercicio de sus funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual establecidas en el apartado anterior”.

Este mismo punto 6º se puede leer en el PMLPI como sigue:

“6. El incumplimiento por dos o más veces de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, emitidos en resoluciones finales adoptadas conforme a lo previsto en el apartado 4 anterior, por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información de los descritos en el apartado 2 anterior, constituirá una infracción administrativa grave sancionada con multa entre 30.000 y 300.000 euros. La reanudación por dos o más veces de actividades vulneradoras por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información también se considerará incumplimiento reiterado a los efectos de este apartado. Se entenderá por reanudación de la actividad vulneradora el hecho de que el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate exactamente de las que empleara en la primera ocasión,

punto 6º del artículo continúa enumerando las sanciones imponibles a los infractores de contenidos protegidos por el Derecho de Autor en la Red. Sin abundar de manera muy profunda en las medidas sancionadoras, hay que decir que el punto 6º prevé sanciones económicas graves en caso de reincidencia (y se cuida de explicitar que la misma persona oculta tras dos sociedades o personas jurídicas diferentes ha de ser considerada legalmente como reincidente). Además se prevé el bloqueo de páginas infractoras para el territorio español que se encuentren fuera del territorio de la UE.

El punto 7º del proyectado artículo 184 ter es el último que se encuentra previsto tanto en el Anteproyecto de Ley como en el Proyecto. Este punto posee en ambos casos una redacción idéntica: *“Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y*

previa a la retirada voluntaria de los contenidos. Incurrirán en estas infracciones los prestadores que, aun utilizando personas físicas o jurídicas interpuestas, reanuden la actividad infractora.

Cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora, la comisión de la infracción podrá llevar aparejada las siguientes consecuencias:

a) La publicación de la resolución sancionadora, a costa del sancionado, en el «Boletín Oficial del Estado», en dos periódicos nacionales o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador, una vez que aquella tenga carácter firme, atendiendo a la repercusión social de la infracción cometida y la gravedad del ilícito.

b) El cese de las actividades declaradas infractoras del prestador de servicios durante un período máximo de un año. Para garantizar la efectividad de esta medida, el órgano competente podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, ordenándoles que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. En la adopción de las medidas de colaboración se valorará la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor. El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse específicamente, en consideración de su proporcionalidad y su efectividad estimada, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance, y su efectividad estimada, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance. La falta de colaboración se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En todo caso, la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Cuando las infracciones hubieran sido cometidas por prestadores de servicios establecidos en Estados que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo pero cuyos servicios se dirijan específicamente al territorio español, el órgano que hubiera impuesto la correspondiente sanción podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación que tomen las medidas necesarias para impedir el acceso desde España a los servicios ofrecidos por aquéllos por un período máximo de un año.

El ejercicio de la potestad sancionadora se regirá por el procedimiento establecido en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo.

La imposición de las sanciones corresponderá al Secretario de Estado de Cultura, órgano competente a efectos de lo dispuesto en los artículos 35, 36 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio.

El instructor del procedimiento sancionador podrá incorporar al expediente las actuaciones que formasen parte de los procedimientos relacionados tramitados por la Sección Segunda en ejercicio de sus funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual establecidas en el apartado anterior”.

contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes”. El propósito de este artículo no es otro que el de desarticular la tendencia apreciable en algunos Tribunales tanto del Orden Jurídico Civil, como del Penal de abstenerse de conocer en casos de infracción de derechos de explotación en el ámbito de la Red. Argumentaban estos Tribunales que ya existía un procedimiento administrativo (el actual, vigente, y absolutamente inoperante gestionado por la Sección 2ª de la CPI, antes de la proyectada reforma objeto de estas últimas páginas) que podía ser utilizado en estos casos. Esta tendencia se observó especialmente en el ámbito de los tribunales penales, por mor de un mal entendido “*principio de intervención penal mínima*”.

Los puntos 8º y 9º son ya aportación exclusiva del PMLPI 2014, y además no requieren de un análisis muy extensivo. Los puntos referidos del proyectado artículo 184 ter se encuentran redactados de la siguiente manera:

“8. Podrán desarrollarse códigos de conducta voluntarios en lo referido a las medidas de colaboración de los servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad previstas en este artículo.

9. El tratamiento llevado a cabo por la Sección Segunda de los datos relacionados con los detalles e informaciones derivados de las actuaciones realizadas en el ámbito de sus funciones, se efectuará de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y, en particular, en su artículo 7.5 si estuvieran referidos a la comisión de infracciones penales o administrativas”.

El punto 8º es una norma más bien desiderativa, aunque dadas las sanciones administrativas que la misma Ley prevé para estos servicios de la sociedad de la información en caso de que no cooperen en un expediente sancionador, resultaría muy deseable que tales servicios desarrollaran el código de conducta previsto en el artículo. El punto 9º se halla estrechamente conectado con la reforma de la LEC, realizada con el objeto de seguir la Sentencia PROMUSICAE del TJUE, de

poder identificar a los infractores del Derecho de Autor con ciertas garantías de privacidad, y que trataremos en este mismo trabajo ⁷⁴³.

En todo caso no conviene olvidar que toda esta reforma ha de pasar necesariamente por el trámite de su aprobación en el Congreso. Lo que saldrá de allí está por ver. Los antecedentes desde luego son los que he intentado explicar en estas líneas y en las anteriores: interminables negociaciones y proyectos con nulo valor práctico. Si se aprueba una reforma eficaz que resulta operativa en su reducción a la práctica, quizá el límite de copia privada pierda parte de su importancia como institución jurídica habilitadora de la piratería. No obstante, no hay que olvidar que la reforma del régimen sancionador contemplada en el proyectado artículo 184 ter ha de venir necesariamente acompañada de la restricción radical del límite de copia privada, porque este deviene las infracciones en no-infracciones, convirtiéndolas en lícitas, y por tanto la facilitación de un acto lícito es (por mucho más que renovemos el nuevo régimen sancionador) asimismo un acto lícito.

2.4 **El límite de copia privada en la encrucijada de todos los caminos.**

Existe el convencimiento general, difícil de refutar por parte de los profesionales estudiosos del derecho de propiedad intelectual que vivimos fuera de España de que nuestro país es un paraíso para los piratas de contenidos culturales. Tal convencimiento se hallaba refrendado en la práctica por la constante presencia de España en la lista “*Special 301*”, en compañía de los países menos respetuosos con el Derecho de Autor (y casualmente con los derechos humanos) del mundo.

Los sucesivos informes sobre España contenidos en la lista “*Special 301*” hacían especial hincapié en la necesidad de que las autoridades españolas aclarasen si la descarga no autorizada de obras protegidas por el Derecho de Autor a través de redes P2P resultaba al fin o no un acto ilícito. La lista “*Special 301*” reiteraba una y otra vez la necesidad de reformar la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que parecía legalizar la piratería en dos direcciones distintas: (a) señalando que “subir” obras de manera no autorizada a una red P2P no constituía delito en caso de no apreciarse ánimo de lucro “*comercial*”; y (b) aseverando que los actos de descarga ⁷⁴⁴ de obras protegidas por el Derecho de Autor, cuando se hubieran realizado asimismo de manera no

⁷⁴³ Ver página 386 y ss.

⁷⁴⁴ Argumento que también sirve para el uso o disfrute de obras de creación sin descarga, puesto que como veremos, las reproducciones en los sistemas de comunicación vía “*streaming*” gozan del valor jurídico de verdaderas reproducciones entre otras razones por su innegable significación económica para los titulares de derechos de autor.

autorizada por parte de los usuarios, resultaban no obstante lícitos al estar amparados legalmente por el límite de copia privada, que reemplazaba legalmente la preceptiva autorización de los titulares del derecho de reproducción sobre la obra.

El hecho de la que la Circular 1/2006 goce de la categoría legal de acto emanado de un órgano administrativo no obsta para que diversos tribunales del Orden Jurídico Penal y Civil la citaran expresamente con el objeto de validar sus argumentos, creando por tanto una ambigua jurisprudencia, que además resultaba extraordinariamente dañina, puesto que desmontaba la arquitectura lógica del derecho de propiedad intelectual; no sólo en sí mismo considerado, sino también en relación al resto del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, las normas del CP sobre el delito de violación de Derecho de Autor remiten expresa y necesariamente a la LPI (la Ley Civil) para conocer cuál es la definición y el alcance legal de tales derechos, teniendo además en este caso especial relevancia las limitaciones legales contempladas en la propia LPI, puesto que estas permiten a los usuarios realizar los actos de explotación enumerados el artículo 17 de la LPI sin autorización. El resultado final es que la Circular 1/2006 terminó por contaminar la práctica totalidad del ordenamiento jurídico en materia de Derecho de Autor. De hecho, incluso algunos tribunales se apoyaron silogísticamente asimismo en el límite de copia privada con el objeto de dictar resoluciones en que las cuales se defendía que el límite de copia privada amparaba prácticamente cualquier reproducción realizada en el ámbito de la Red en el orden jurídico civil. Es decir, el límite de copia privada se invocaba para defender la absurda tesis de que en el ciberespacio los derechos de propiedad intelectual (y por tanto el imperio de la Ley) no resultaban de aplicación; que lo aplicable era un régimen de comuna (siendo lo común la propiedad ajena, eso sí).

Por tanto, las consecuencias prácticas de la Circular 1/2006 de la fiscalía General del Estado trascendían en mucho a las de un desafortunado acto administrativo ordinario. En realidad, formaban parte sustancial de un experimento mucho más amplio, en que se intentó poner en práctica (contraviniendo el espíritu de las normas jurídicas internacionales y comunitarias sobre Derecho de Autor) un modelo alternativo “revisionista” de explotación de los derechos de autor para España. Tal modelo alternativo utilizaba el límite de copia privada para legalizar cualquier reproducción digital gratuita realizada por los usuarios en el ámbito de la Red, y al mismo tiempo utilizaba la compensación equitativa por razón de la realización de copias privadas para tratar de

compensar económicamente a los titulares de derechos de explotación, a través de una tasa que tenía como objeto una enorme variedad de aparatos con capacidad de realizar tales copias digitales así como los soportes en que se fijaran tales copias. Este “*canon digital*” se repercutió indiscriminadamente a personas físicas o jurídicas, sin tomar en consideración que las reproducciones se encontraran destinadas a su uso en el ámbito privado o en el público, contraviniendo la propia definición del límite de copia privada contenida tanto en la LPI como en la DDASI, que señalaba y señala expresamente que éste límite sólo ampara legalmente actos de reproducción realizados por parte de personas físicas. La razón era otra que tratar de obtener una recaudación lo más elevada posible a cuenta de la tasa, que sirviera para compensar (y silenciar) a los titulares de derechos por razón de la piratería, en principio distribuyendo la (abultada) recaudación a través de las Entidades de gestión. Este modelo se puso en práctica únicamente por razones de oportunidad política. Como se dice popularmente, nadie le quería poner el cascabel al gato (hasta que este creció y se trasmutó en tigre). La sentencia PADAWAN del TJUE dio al traste con este modelo, fallando que expresamente que la tasa por copia privada (obviamente) no se podría repercutir a personas jurídicas sin contravenir la normativa comunitaria sobre copia privada y compensación equitativa.

El nuevo Gobierno que surgió de las urnas a finales del año 2011, optó por eliminar la tasa en su totalidad, asumiendo el coste de financiación de la compensación equitativa por razón de copia privada a través de los Presupuestos Generales del Estado, pero rebajándola a cinco millones de euros, de los cerca de 115 o 120 que se recaudaban en el momento de apogeo del canon. Esta cifra, que resulta a todas luces insuficiente para compensar a los titulares de derechos por la omnipresente piratería en la Red, ni siquiera podría serlo para compensar a los titulares por la realización de copias privadas en sentido estricto, por lo que el Gobierno (como veremos), en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual que reformará de aprobarse el sistema vigente, intenta justificar tal reducción no sólo mediante la restricción del ámbito de actuación del límite de copia privada, sino también considerando que ciertas reproducciones “*de uso*” no dan lugar a la compensación (concretamente las realizadas para usos relacionados con el “space-shifting”, “format-shifting”, y “time-shifting”), lo cual plantea ciertas deficiencias en cuanto a la prescriptiva relación copia privada/compensación equitativa que (como veremos) podrían dar al traste con todo el sistema previsto dilatando la resolución del problema por un tiempo del que la industria de contenidos no dispone. Por todo lo expuesto lo aconsejable sería la eliminación

absoluta del límite de copia privada en el ámbito digital, por ser esta la solución que menos problemas prácticos acarrea, y porque estoy convencido que es una institución que en pocos años sólo no resultará un estorbo en el ámbito digital, puesto que los modelos de explotación de las obras sujetas al Derecho de Autor están cambiando a toda velocidad. En los algo más de dos años que me he llevado escribir este trabajo, la tecnología, los modelos de explotación, la legislación en la mayoría de los países de nuestro entorno han cambiado radicalmente. Es esta una tesis en la que ha resultado tan importante mantenerse al día de los (numerosísimos) avances, como profundizar en la ciencia jurídica. El nuevo modelo de explotación es uno protegido por medidas tecnológicas de seguridad y gestionado por DMR (por “código” en ambos casos), en el que los titulares de derechos de explotación contratarán directamente con los usuarios finales, licenciándoles sus obras bajo una de los mil modelos de licencia que se desarrollarán. ¿En este contexto tiene sentido la existencia del Derecho de Autor tradicional? Por supuesto. El Derecho de Autor determina quién es el propietario de una obra, por cuanto tiempo, de qué derechos goza, en qué consisten tales derechos, como puede disponer de ellos, etc. ¿Y la existencia del límite de copia privada? Por supuesto que no, puesto que es una institución desarrollada para subsanar las deficiencias prácticas de la paleoreproducción casera. ¿Tenemos zoos para dinosaurios? Por supuesto que no. ¿Por qué? Porque los dinosaurios hace mucho que sean extinguido. Lo mismo está ocurriendo con el modelo de negocio en que tiene sentido el límite de copia privada: mañana este límite tendrá menos sentido que esta noche.

Finalmente hay que señalar que el imperdonable experimento realizado con el límite de copia privada en España, además acarreó la quizás irreparable consecuencia de que los ciudadanos españoles llegaran al convencimiento de que hacer un uso no autorizado y gratuito de la propiedad intelectual ajena en el ámbito de la Red constituía su derecho innato. Este convencimiento aún se manifiesta de manera notoria. Revertir esta situación requiere una modificación profunda de las normas sobre propiedad intelectual, que en el plano de la definición de conductas antijurídicas, y de las sanciones eficaces que las prevengan parece (por lo previsto en el punto anterior) que se está desarrollando mediante la prevista reforma legal. Las normas que se han de modificar más urgentemente son tres: (a) las relativas al límite de copia privada, eliminándolo del ámbito digital, restringiéndolo aún más de lo que se especifica en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, o aumentando la partida de los Presupuestos Generales del Estado al montante que se planteó inicialmente, compensando a los titulares de derechos también por las

copias privadas estrictamente “*de uso*”⁷⁴⁵; (b) una regulación severa que castigue con dureza la elusión de las medidas tecnológicas de protección⁷⁴⁶; y (c) la norma jurídica penal sobre delitos contra la propiedad intelectual, especificando que enlazar a archivos que contengan obras protegidas por derechos de autor es delito⁷⁴⁷, ya sea por facilitación, por colaboración, o por inducción. Lo segundo no resulta realizable sin lo primero, ya que si descargarse archivos que contengan obras protegidas por el Derecho de Autor es un acto lícito protegido por el límite de copia privada; ¿cómo podría ser delito facilitar, inducir o colaborar en la realización de un acto lícito?

Así, de nuevo hay que remitirse a lo señalado por el profesor GARON:

*“La regulación de la Ley de Copyright sobre la copia privada es la más confusa y desobedecida parte de la Ley sobre Copyright. Para ponerlo de manera simple: la Ley ya no importa. Desde la decisión del Tribunal Supremo sobre SONY, el público ha aceptado la premisa de que tiene derecho a realizar copias privadas. El fervor con que se idolatra la realización de la copia privada explica en gran parte la tensión que existe sobre los derechos de autor. [...] Si las divergencias sobre la copia privada desaparecieran del debate sobre los derechos de autor, la histeria que rodea a la política sobre los mismos podría disminuir. Quizá entonces las consecuencias de la piratería sobre los derechos de autor pudieran ser separadas del tema de la comodidad personal de un modo que permitiera el restablecimiento de las normas éticas.”*⁷⁴⁸”

⁷⁴⁵ La partida en este concepto inicialmente considerada por el Gobierno ascendía a “una cifra entre 37 y 42 millones, cantidad que sale de multiplicar la población española por 0,8 o 0,9 euros per cápita”. FRAGUAS, ANTONIO, y SEISDEDOS, IKER, *La 'ley Sinde' ve la luz con el PP*, Diario El País, 30 de diciembre de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/12/30/actualidad/1325199603_850215.html, (consultado por última vez el 17 de octubre de 2013).

⁷⁴⁶ En EE.UU. con la aparición de la televisión por cable (HBO), proliferaron los usuarios que se conectaban ilícitamente a esta señal, manipulando el cableado. La prohibición severa de estas actividades convirtió esta actividad en residual. No existe razón alguna para que lo mismo no ocurra en el ámbito de la Red.

⁷⁴⁷ El principio de intervención mínima del derecho penal hace ya tiempo que dejó de ser a mi juicio alegable; puesto que la situación de la industria de contenidos en España es de agonía “*pre-mortem*”; y por ende Las normas perales son necesarias para concretar y efectivizar el deber de los poderes públicos de realizar una protección adecuada de los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de mercado

⁷⁴⁸ “Copyright law's regulation of private copying is arguably the most confusing and least obeyed area of copyright law for the public. Simply put, the law no longer matters. Since the Supreme Court decision in Sony, the public has accepted the premise that it has the right to make home copies. The fervor attached to home copying explains a great deal of the current tension regarding copyright. (...) If consumer copy issues disappeared from the copyright debate, the hysteria surrounding copyright policy might abate. Then the consequences of copyright piracy could be separated from the issues of personal convenience in a manner that would allow for the reestablishment of ethical norms”.

Conclusión.

La revolución digital ha provocado una revolución paralela en el ámbito del Derecho de Autor. Gran parte de la mejor doctrina ha intentado con mayor o menor fortuna ofrecer alternativas este, intentando responder a la crisis evidente en que los avances tecnológicos han sumido a los canales tradicionales a través de los cuales que se ejercían los derechos de explotación sobre las obras de creación. Sin embargo, el Derecho de Autor es aún la mejor (quizá la única) herramienta posible para regular efectivamente esta nueva realidad, e inevitablemente está extendiendo (como siempre ha hecho, por otra parte) su ámbito de actuación con tal fin. No se trata sólo de realizar una simple adaptación de las normas tradicionales del Derecho de Autor procedentes de la era analógica. Se trata de acometer su efectiva transformación, en que lo que permanecerá serán sus principios y fines básicos.

No obstante, las reformas encubiertas de base teórica “revisionista” sobre el Derecho de Autor en el ámbito digital practicadas en España, que han llegado a distorsionar completamente instituciones jurídicas como el límite de copia privada para conseguir implantarse (el caso más relevante y escandaloso es el de la interpretación del límite contenida en la Circular 1/2006 de la Fiscalía general del Estado), han fracasado ostensiblemente en la práctica. Ninguno de los modelos alternativos al Derecho de Autor puede competir con las ventajas que este ofrece, siendo además de lejos es el de mayor calidad democrática. Cuanto más se tarde en aceptar esta realidad y en legislar de acuerdo a ella, más se dilatará la recuperación de la industria de contenidos en España.

Y es que si se quiere mejorar la situación límite de las industrias de contenidos en España; si se desea dar una imagen de seriedad a la “*marca España*”; si se aspira a evitar sanciones comerciales en todos los ámbitos económicos, que se derivarán del casi seguro reingreso de España en la lista “*Special 301*”; si se planea devolver coherencia interna al conjunto de nuestras normas sobre Derecho de Autor; si se ansía que nuestro país afronte con garantías el futuro del mercado digital, puesto que la Red necesita contenidos, los contenidos que son objeto del Derecho de Autor; y en fin, si se aspira a restablecer el imperio de la ley y el respeto a la propiedad nuestro país, indispensable en una sociedad democrática, se hace necesaria una reforma urgente de nuestras

normas sobre propiedad intelectual. Parte de esta reforma podría tener por objeto las normas que desarrollen procedimientos eficaces para luchar contra las ilegalidades en la Red, pero de manera infinitamente más importante y prioritaria (puesto que ya existían procedimientos legales cuya “*ratio legis*” es la protección de los derechos de autor) se ha de reformar la parte sustantiva o material del Derecho de Autor; es decir, las normas que se protegerán mediante la sustanciación y ejecución de los procedimientos legales. De estas reformas, una de las más urgentes es la eliminación del límite de copia privada digital del artículo 31.2 de la LPI, puesto que tal como se interpreta (o mejor dicho, se multi-interpreta) desequilibra de manera manifiesta la totalidad de la legislación española sobre propiedad intelectual, y contribuye de manera ostensible al descrédito de las normas sobre Derecho de Autor entre los usuarios españoles.

CAPÍTULO II. LOCALIZACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: ESTADO DE LA CUESTIÓN NORMATIVO.

1. La Constitución Española de 1978.

1.1 El encaje del límite de copia privada en la Constitución Española de 1978. Necesarias consideraciones previas.

Resulta indudable que cualquier estudio sobre los parámetros jurídicos que influyen en problema planteado por el límite de copia privada haya de comenzar necesariamente con el análisis de nuestra Norma Jurídica Suprema: la Constitución de 1978, a la que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos de España. La Constitución influye en distintos niveles sobre el resto de nuestro Ordenamiento Jurídico, y además en algunos ámbitos (como por ejemplo en los que se hallan en juego derechos fundamentales) resulta incluso de aplicación directa. Como explica el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, el concepto de Constitución en la tradición jurídica española anterior a la Constitución de 1978 (en adelante CE) no resultaba en sí misma una norma jurídica directamente invocable ante los Tribunales, sino “*simplemente una “norma programática”; esto es, la formulación (solemne, declaratoria, enfática) de un simple programa político, que luego cumpliría al legislativo, en cuanto a su traducción a verdaderas normas jurídicas eficaces, seguir o no, y en que comento, con plena libertad*”⁷⁴⁹. Sin embargo, asimismo siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, esta situación cambia radicalmente tras la promulgación de la CE:

“Todo el panorama anterior ha cambiado radicalmente tras la Constitución de 1978. La Constitución ha pasado a ser, por de pronto, un instrumento en sí mismo justiciable. Una jurisdicción nueva, [...] el Tribunal Constitucional, se ha montado con esa función. De este modo queda claro que la Constitución ha pasado a ser una norma jurídica. Y no cualquier norma, sino, precisamente, la norma suprema, la que puede exigir cuantas a

⁷⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª Edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2013. Pág. 122.

todas las demás la que condiciona la validez de todas estas. Los artículos 161.1 (a) ⁷⁵⁰, 163 ⁷⁵¹ y 164 ⁷⁵² de la Constitución prevén la declaración de invalidez de las leyes por razón de su inconstitucionalidad” ⁷⁵³.

Adicionalmente, la suprallegalidad de la CE se afirma de manera formal en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que prescribe lo siguiente:

“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Por último, desde el punto de vista material, la misma CE en su Disposición Derogatoria 3ª proclama su propio carácter de norma primera y suprema, cuando afirma expresamente que *“Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”*. Dicho esto, no debería resultar extraño el que resulte de todo punto necesario considerar las implicaciones que tiene, así como el posible impacto que ejerce, la CE sobre el límite de copia privada, puesto que si este deviniera directamente (digamos) de la aplicación de un

⁷⁵⁰ Artículo 161.1 a) de la CE: *“1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:*

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

⁷⁵¹ Artículo 163 de la CE: *“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.*

⁷⁵² Artículo 164 de la CE: *“1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos. 2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad”.*

⁷⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª Edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2013. Pág. 123. Sobre este tema existe además un extraordinario libro del mismo autor, aunque esta vez en solitario: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª Edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

derecho fundamental, su derogación completa resultaría imposible, y cualquier tipo de restricción de este límite legal cuanto menos complicada.

Por tanto, puesto que uno de mis objetivos en este trabajo es el de realizar un estudio jurídico exhaustivo sobre el límite de copia privada al derecho de reproducción de los autores sobre su obra en España, tras el que demuestre su innecesaridad e incluso su potencial perversidad en el nuevo ámbito digital y en línea en que se desarrollará (se desarrolla) la explotación de las obras de creación, y puesto que entiendo que tal estudio ha de ceñirse obligatoriamente a la lógica inherente a la ciencia jurídica ⁷⁵⁴, respetando y buscando siempre la coherencia sistemática; entonces, la metodología aplicable en esta parte de mi trabajo habrá indefectiblemente en términos tanto lógicos como sistemáticos de descender desde “lo general” o “lo máximo” en términos de ciencia jurídica (es decir, las implicaciones constitucionales del Derecho de Autor), hasta “lo particular” o “lo mínimo” (los elementos incluidos en la definición incluida en el derecho positivo del límite de copia privada).

Comencemos pues con “lo general” o lo “máximo”, que habrá de constituirse por la labor de localizar el límite de copia privada en el marco de nuestra norma suprema: la Constitución Española de 1978. Puesto que el límite de copia privada del artículo 31.2 de la LPI no se menciona expresamente en la Constitución, habrá que ascender un escalón para buscar en ella el derecho que el límite legalmente restringe o condiciona, que no es otro que el derecho de reproducción que se recoge o regula en el artículo 18 de la LPI ⁷⁵⁵, comprobando asimismo que ni este derecho de reproducción de manera particular y específica, ni tampoco los derechos o facultades patrimoniales o de explotación que conforman el Derecho de Autor, y que se enumeran en el artículo 17 de la

⁷⁵⁴ Soy firme creyente en que si una Ley no es lógica, y por tanto susceptible de ser explicada, al menos conceptualmente a una persona que no sea experta en derecho, no podemos estar hablando de una buena Ley. Es por ello que he insistido a lo largo de este trabajo en la complejidad insoportable que han alcanzado las normas sobre Derecho de Autor en la era digital, precisamente en el momento en que regulan directamente los actos diarios y habituales realizados por miles de millones de personas. Complejidad que además en el tema concerniente a la regulación del límite de copia privada digital se ve agravada por contradicciones internas irresolubles.

⁷⁵⁵ Este derecho, según la redacción emanada de la Ley 1/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante Ley 1/2006); Ley de reforma que tenía como misión primordial adaptar al Ordenamiento Jurídico español sobre Derecho de Autor las especificaciones de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante DDASI); según la Ley 1/2006, que daba configurado como sigue: “*Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*”. Estudiaremos detenidamente el derecho de reproducción un poco más adelante. Ver Pág. 418 y ss.

LPI ⁷⁵⁶, desarrollándose legalmente el contenido particular de cada uno de ellos en los artículos 18 a 23 de la propia LPI, se hallan contemplados o mencionados de manera explícita en la CE. Entonces, si ni el límite de copia privada, ni el derecho de reproducción en particular, ni los derechos de explotación de los que forman el “*genus*” de aquel se mencionan expresamente en el texto de nuestra norma suprema, ¿por dónde habremos de comenzar nuestro estudio si precisamente lo que necesitamos es asentar la base o bases constitucionales del límite de copia privada? Necesariamente, por la calificación constitucional del Derecho de Autor.

Nos resulta fundamental categorizar el Derecho de Autor en el marco del sistema de clasificación del gran número de derechos y libertades que se recogen en la CE debido a un triple motivo: a) Necesitamos determinar la naturaleza constitucional del Derecho de Autor para determinar subsecuentemente la naturaleza de los derechos de explotación, y en concreto del derecho de reproducción, cuyo libre ejercicio por su titular el límite de copia privada restringe compulsivamente por Ley; b) resulta esencial para resolver el potencial conflicto en términos de jerarquía constitucional entre el derecho de reproducción y el límite de copia privada, puesto que posteriormente deberemos asimismo sopesar si el límite de copia privada (especialmente en el ámbito digital) se ve fundamentado por alguno de los derechos o libertades recogidos en la CE; y c) resulta fundamental determinar la naturaleza jurídica del Derecho de Autor para deducir cual es el “*contenido esencial*” de este derecho, ya que dependiendo de cuál sea este “*contenido esencial*” podremos analizar si la aplicación del límite de copia privada lo lesiona.

La CE del 78 dedica su Título I (“*De los Derechos y Deberes Fundamentales*”) a realizar una regulación asistemática, minuciosa y podríamos decir cerrada (puesto que aparte de la cláusula contenida en su artículo 10.2, no parece que se abra la puerta a la incorporación de otros derechos). La Constitución, como reacción sin duda al régimen autoritario anterior a su proclamación, optó por un reconocimiento amplio y detallado de derechos, de las diversas garantías para su protección, y de los excepcionalísimos casos para su suspensión temporal. El Título I se halla dividido en cinco capítulos. El Capítulo I: “*De los españoles y los extranjeros*” señala los sujetos titulares de los derechos y libertades especificados en la Norma Suprema. El Capítulo IV: “*De las garantías, de las libertades y derechos fundamentales*”, es en el que el Estado dibuja el régimen de garantías

⁷⁵⁶ Artículo 17 de la LPI: “*Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley*”.

de los derechos y libertades en su fundamental artículo 53, que además jerarquiza los derechos, libertades, y principios rectores de la política social y económica que se enumeran en sus Capítulos II y III, precisamente mediante el establecimiento de diferencias entre las garantías institucionales de defensa de cada uno. El Capítulo V: “*De la suspensión de los derechos y libertades*” se compone exclusivamente del artículo 55, que establece un número mínimo y tasado de supuestos en los cuales se pueden suspender temporalmente algunos derechos y libertades por causas de extrema gravedad.

Entonces, el núcleo programático del Título I de la CE se encuentra en sus Capítulos II y III: El Capítulo II lleva el encabezamiento “*Derechos y Libertades*”, y se divide en dos Secciones. La Sección I, “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”, recoge derechos y libertades subjetivos que se ejercen individualmente. La Sección II, “*De los derechos y deberes de los ciudadanos*” en que se recogen derechos y libertades en las que además participa de alguna manera el Estado. Por su parte, el Capítulo III, “*De los principios rectores de la política social y económica*” desarrolla una serie variopinta de valores que los poderes públicos han de tener en cuenta en su actuación, pero cuyo valor normativo se encuentra “*modulado*”⁷⁵⁷. Es evidente que la clasificación jerárquica de los derechos y libertades en la CE responde principalmente las diferencias en la garantía en su defensa que el Estado les reconoce, y en este sentido, resulta de fundamental importancia y relevancia el artículo 53 de la propia Norma Suprema⁷⁵⁸:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

⁷⁵⁷ STC 15/1982, de 23 de abril. Fundamento Jurídico 8º.

⁷⁵⁸ También resultan relevantes los artículos 81, 82, 86, 161, y 168.

3. *El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*".

(1) Los Derechos Fundamentales.

Los derechos fundamentales en la CE son los contenidos en el Capítulo Segundo del Título I, sección 1ª, bajo la rúbrica "*De los derechos fundamentales y libertades públicas*"; o, lo que es lo mismo, los derechos contenidos en los artículos 15 a 29 [inclusive] de la CE ⁷⁵⁹. Según el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) los derechos fundamentales poseen una doble naturaleza: "*objetiva*" configuradora del Estado, y "*subjetiva*" como normas fundamentales para que el ciudadano sea digno de recibir tal nombre. La finalidad "*objetiva*" implica que los derechos fundamentales "*son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución*" ⁷⁶⁰, mientras que su finalidad como derecho subjetivo implica que desde la perspectiva de los ciudadanos "*son derechos subjetivos, no sólo derechos de los individuos en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia*" ⁷⁶¹.

Los derechos fundamentales según el artículo 81 de la CE, sólo son regulables mediante el instrumento legislativo de la Ley Orgánica, que exige en el momento de su votación en el Congreso una mayoría absoluta para su aprobación ⁷⁶². GARCÍA DE ENTERRÍA nos explica que la inderogabilidad de una Ley Orgánica por parte de una Ley Ordinaria (como por ejemplo, la LPI)

⁷⁵⁹ PÉREZ TREMPs así señala que "*sólo los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 de la CE pueden calificarse en sentido estricto de derechos fundamentales, aunque esta terminología se aplique, en ocasiones, también, a todo el capítulo Segundo, e incluso a todo el Título Primero*". PEREZ TREMPs, PABLO (LÓPEZ GUERRA et al.) Derecho Constitucional, Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 9ª Edición, 2013. Pág. 126.

⁷⁶⁰ STC 25/81 de 14 de julio.

⁷⁶¹ Ídem.

⁷⁶² Artículo 81 de la CE: "*1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.*

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto".

proviene de la especialidad que la CE otorga a ciertas materias, que por su importancia, o por su conexión material con los derechos fundamentales sólo se pueden regular por medio de Ley Orgánica ⁷⁶³ . Además, según el artículo 53.2 de la CE, los derechos fundamentales son directamente tutelables mediante petición de cualquier ciudadano *“por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”*. Además, para la reforma de los derechos fundamentales habrá que utilizar el complicadísimo mecanismo del artículo 168 de la CE (procedimiento que es de tan difícil realización efectiva, que en la práctica equivale a la inclusión en la CE una cláusula de intangibilidad para las normas que se hayan de revisar necesariamente siguiendo los pasos especificados en el artículo 168) ⁷⁶⁴ . Para PÉREZ ROYO el grado de protección superior de los artículos 15 a 29 que se sustancia por los mecanismos descritos más arriba *“es lo que diferencia lo que podemos denominar derechos nominal y sustancialmente fundamentales de los que sólo son derechos sustancialmente fundamentales. Es una suerte de plus de fundamentalidad lo que la Constitución les ha atribuido”* ⁷⁶⁵ .

Por último, según el artículo 10.2. de la CE *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”*

(2) Los derechos y deberes de los ciudadanos.

⁷⁶³ Explica GARCÍA DE ENTERRÍA que: *“La Ley ordinaria no puede, en efecto, modificar o derogar una Ley orgánica, pero no puede hacerlo no porque su rango normativo sea inferior a la de esta, sino, más bien porque la Constitución la veda el acceso a las materias que el artículo 81 de la misma enuncia. Hay pues, una reserva constitucional de Ley Orgánica, como el Tribunal Constitucional ha notado (Sentencias de 1 de julio de 1993, 6 de noviembre de 1986, etc.)”*. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª Edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2013. Pág. 156.

⁷⁶⁴ Artículo 168 de la CE: *“1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.*

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”.

⁷⁶⁵ PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional (Duodécima Edición)*. Marcial Pons, Madrid 2010, Pág. 211.

El profesor CIDONCHA MARTÍN nos explica que, en un principio, en los primeros años de vigencia de la CE, la doctrina del TC consistió en considerar únicamente derechos fundamentales los de la Sección 1ª del Capítulo II a los que nos acabamos de referir. Así, en un primer momento, *“el Tribunal sostiene también una interpretación restrictiva del concepto «derechos fundamentales», en coherencia con la doctrina del momento (STC 5/1981): estos son únicamente los de la sección 1.ª del capítulo II, los «desarrollados» mediante Ley Orgánica (Ley necesariamente estatal), aquellos a los que se reserva la condición de fundamento mismo del orden jurídico-político”*⁷⁶⁶. No obstante, esta situación ha variado, y *“hoy en día, los derechos fundamentales con su doble faz, subjetiva y objetiva, son todos los del capítulo II del título I”*⁷⁶⁷. Prosigue CIDONCHA MARTÍN explicando que *“Ya en la misma STC 37/1981 se dice que todos los derechos y libertades consagrados en el capítulo segundo del título I (incluida la libertad de empresa) están asegurados en la Constitución por «una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución)» (fj 2)”*⁷⁶⁸. Es por ello que PÉREZ ROYO hablaba de los derechos de la Sección 2ª del Capítulo II como *“sustancialmente fundamentales”*⁷⁶⁹. El Capítulo Segundo del Título I, sección 2ª de la CE, bajo la rúbrica *“De los derechos y deberes de los ciudadanos”*, y comprende los artículos 30 a 38, inclusive de la CE. Por lo apuntado arriba, estos derechos *“sustancialmente fundamentales”* (y nos centraremos en el derecho de propiedad) no carecen ni mucho menos de importancia: *“Los derechos reconocidos en la Sección 2ª son tan importantes como los de la Sección 1ª y sin ellos, nuestra forma de organización de la convivencia no sería la que es”*⁷⁷⁰. Así, matiza PÉREZ ROYO respecto a la sistemática de estudio de los derechos de la Sección 2ª lo siguiente:

“Los derechos de la Sección 2ª no es que sean menos importantes, sino que son derechos que aparecen mencionados en la Constitución, pero cuyo estudio no corresponde al Derecho Constitucional sino a otras disciplinas jurídicas. En la Sección 2ª la Constitución

⁷⁶⁶ CIDONCHA MARTÍN, ANTONIO, *Garantía institucional, derecho fundamental y dimensión institucional: balance jurisprudencial*, Teoría y Realidad Constitucional, n.º 23, 2009, Pág. 158.

⁷⁶⁷ Ídem. Pág. 159.

⁷⁶⁸ Ídem. Nota al pie de página n.º 27.

⁷⁶⁹ PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional (Duodécima Edición)*. Marcial Pons, Madrid 2010, Pág. 211.

⁷⁷⁰ Ídem. Pág. 429.

reconoce unos derechos, o impone unos deberes a partir de los cuales se constituyen el Derecho civil, el Derecho Financiero y Tributario, o el Derecho al Trabajo” ⁷⁷¹ .

De hecho, los derechos fundamentales “*sustantivos y nominales*” (es decir, los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II), y los derechos y libertades públicas, o “*derechos fundamentales sustantivos*” (de la Sección 2ª del Capítulo II), comparten varios mecanismos de garantía: a) Vinculan a todos los poderes públicos. b) “*Son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos*” (es decir no necesitan desarrollo legislativo para resultar efectivos, como por ejemplo los principios rectores del Capítulo III) ⁷⁷² . c) El ejercicio de ambos derechos sólo se puede realizar por Ley ⁷⁷³ . d) La Ley que regule el ejercicio de los derechos del Capítulo II ha de respetar su contenido esencial (y esto incluye el establecimiento de límites legales tan amplios o indeterminados que terminen por afectar al contenido esencial de un derecho). e) Existen ciertos requisitos para limitar los derechos y libertades del Capítulo II ⁷⁷⁴ . Finalmente f) las normas que los lesionen se pueden recurrir ante el TC mediante el recurso de inconstitucionalidad contemplado en el artículo 161.1 a) de la CE ⁷⁷⁵ .

(3) Los principios rectores de la política social y económica.

El tercer y (este sí) jerárquicamente inferior escalón en la jerarquía normativa programática constitucional española se halla representado por los principios rectores o informadores de la política social y económica. Estos principios se encuentran incluidos en el Título I, Capítulo III de la CE, que comprende sus artículos 39 a 52 (inclusive), y que no son normas de aplicación directa, sino que según el artículo 53.3 de la CE “*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y*

⁷⁷¹ Ídem. Pág. 430.

⁷⁷² STC 15/1982 de 23 de abril, Fundamento Jurídico 8º.

⁷⁷³ Cuestión distinta del “*ejercicio*” es el “*desarrollo*” de los derechos fundamentales de la Sección 1ª, que como hemos visto sólo se puede realizar por medio de Ley Orgánica.

⁷⁷⁴ Y en este sentido, como veremos existe amplia jurisprudencia del TC, mucha de ella en relación con el derecho de propiedad del artículo 33 de la propia CE.

⁷⁷⁵ Artículo 161.1 a) de la CE: “*1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:*

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.”. Por tanto, estos principios que responden a muy diversas “*racionales*” son normas programáticas que informan el ordenamiento jurídico y la acción legislativa, aunque su desarrollo puede encontrarse subordinado a razones de mera oportunidad, y evidentemente si los poderes públicos en un momento determinado por razones presupuestarias o de otra índole entienden que lo responsable o lo oportuno es tomar medidas normativas o administrativas que afecten negativamente a alguno de estos principios, pueden tomar tales medidas ignorándolos ⁷⁷⁶. Son, en suma, un conjunto de ideales hacia el que constituyente indica al legislador deben estar encaminadas a ser posible sus acciones normativas; o, en palabras de PÉREZ TREMPs, “*se trata sencillamente de normas dirigidas al poder público sin dimensión subjetiva autónoma*” ⁷⁷⁷. Para PÉREZ ROYO la definición constitucional de los principios rectores de la política social y económica sólo puede hacerse en negativo, porque “*son no derechos fundamentales*” ⁷⁷⁸. *Esto es lo que caracteriza a los principios rectores de acuerdo con el art. 53.3 de la CE: el hecho de no ser derechos fundamentales. No vinculan* ⁷⁷⁹, *sino que orientan* ⁷⁸⁰ la acción de los poderes públicos. No son alegables ante los Tribunales sino «de acuerdo con la Ley que los desarrolla». En la medida en que las normas del capítulo III se reconocen derechos, se trata de derechos de configuración legal, pero no constitucional” ⁷⁸¹.

A menudo, estos principios se invocan por los poderes públicos para justificar una norma o actuación en relación con el artículo 9.2 de la CE, que señala que “*Corresponde a los poderes*

⁷⁷⁶ Por ejemplo, El artículo 42 de la CE señala que “*el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno*”. Hace unos años existía un subsidio para los emigrantes retornados al que era muy fácil acceder, y que incluso contemplaba como beneficiarios a los trabajadores españoles en otros países de la Unión Europea. Hoy, las condiciones macroeconómicas son distintas, y aunque existe algo similar está limitado a casos muy específicos de desamparo económico, y sólo pueden ser beneficiarios los trabajadores españoles que hayan trabajado fuera de la Unión Europea. Del mismo modo, en otros tiempos de bonanza económica del Estado destinaba grandes recursos para la dotación de las bibliotecas públicas, como consecuencia del desarrollo el principio de la tutela de los poderes públicos sobre el acceso a la cultura de los ciudadanos del artículo 44.1 de la CE. En estos momentos de crisis económica esta dotación ha bajado al mínimo imprescindible para mantenimiento de estas bibliotecas. Por tanto los principios informadores son ideales a los que los poderes públicos han de aspirar, dependiendo de los recursos existentes.

⁷⁷⁷ PÉREZ TREMPs, PABLO (LÓPEZ GUERRA et al.) Derecho Constitucional, Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 9ª Edición, 2013. Pág. 127.

⁷⁷⁸ En letra itálica en el original.

⁷⁷⁹ Ídem.

⁷⁸⁰ Ídem.

⁷⁸¹ PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional (Duodécima Edición)*. Marcial Pons, Madrid 2010, Pág. 212.

*públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*⁷⁸². No obstante, por mucho que resulten invocados por los poderes públicos, esto no les convierte en derechos fundamentales, ni siquiera en derechos.

1.2 El encaje del límite de copia privada en la Constitución Española de 1978 (ii). Fuente constitucional del Derecho de Autor: ¿artículo 20.1 b) o artículo 33 (y 38)?.

En mi experiencia, resulta muy probable que en este preciso momento en el que lector avezado en Derecho de Autor o en Derecho Constitucional (o en ambos), al leer el encabezamiento de esta sección, se malicie que va a asistir de nuevo en este trabajo al análisis de la antigua controversia doctrinal que versa sobre la verdadera fuente o base constitucional del Derecho de Autor. Ciertamente, entiendo que resulta de todo punto imposible realizar un análisis sobre la incidencia de la CE sobre el límite de copia privada sin adentrarnos en tal análisis⁷⁸³. Para despachar esta controversia resulta extremadamente útil el proceso contradictorio tendente a la búsqueda de una idea que representa la triada dialéctica hegeliana. Así, la tesis la situaríamos en la concepción de que todo el Derecho de Autor (es decir, tanto los derechos morales como los económicos, patrimoniales, o de explotación) gozará del rango constitucional de Derecho Fundamental (de los de la Sección 1ª del capítulo 2º). La antítesis se resumiría en la concepción de que el Derecho de Autor ha de habería de ser considerado básicamente como un derecho de propiedad (con características propias, eso sí), y por tanto sería un derecho de los incluidos en Capítulo Segundo del Título I, Capítulo II, Sección 2ª de la CE. Finalmente, la síntesis se correspondería con la noción consistente en que en realidad parte del Derecho de Autor sí que goza de la categoría de derecho fundamental “*nominal*” (los derechos morales), y otra parte se ha de categorizar como un derecho de propiedad (los derechos patrimoniales o de explotación).

⁷⁸² Volveremos sobre este artículo en relación con el tema que nos ocupa y su relación con el principio informador del artículo 44 de la CE.

⁷⁸³ Amén de que este trabajo aspira a ser comprendido también fuera del reducido “club” de la doctrina jurídica y los estudiosos del derecho, puesto que de otra manera resultaría imposible que alcanzara la relevancia a la que aspira. Además de que es mi intención traducirlo y publicarlo en EE.UU. a ser posible; puesto que el caso español sería digno de estudio incluso si este no fuera mi país de origen por lo que representa de experimento fallido en cuanto a la reducción a la práctica de las tesis “revisionistas” del Derecho de Autor.

Así, las posturas doctrinales que encuadramos en la “tesis” de nuestro análisis emanarían de la propia lógica de que la CE constituye el Reino de España como un “*Estado Social y Democrático de Derecho*”⁷⁸⁴, y de que una de las mayores exigencias del Estado Social es la de prestar especial protección a los Derechos Fundamentales⁷⁸⁵. En este sentido, resulta de vital importancia recordar que la CE no es una Constitución perteneciente a las del tipo estrictamente liberal en sentido clásico, sino que (a pesar de que su promulgación es muy posterior en comparación a la de alguna de las Constituciones del mismo tipo o corte, por razones históricas de todos conocidas) la CE del 78 pertenece al grupo de las desarrolladas en Europa con posterioridad a la II Guerra Mundial⁷⁸⁶. Esta consideración de la CE también significa que la institución de la propiedad privada deja de tener la consideración de derecho prácticamente ilimitado del que disfrutaba en las constituciones liberales clásicas (en realidad podríamos decir que esta se podría considerar era su institución fundamental, junto con algunas libertades individuales), subordinándose consecuentemente la propiedad privada en las constituciones modernas en ocasiones al interés general, tal y como se proclama en el artículo 33.2 de nuestra CE⁷⁸⁷. De hecho, en una constitución liberal “clásica”, la propiedad se encontraría sin duda entre los valores superiores del ordenamiento jurídico que se reconocen en el artículo 1.1 de nuestra norma suprema⁷⁸⁸.

La salvaguardia legal de los actos de creación científica, literaria y artística, al menos en su lo que toca al reconocimiento y protección de los derechos morales del autor sobre su obra, que en España se realiza en los artículos 14 a 16 (“*inclusive*”) de la LPI⁷⁸⁹, en los países que disponen

⁷⁸⁴ Artículo 1.1 de la CE: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

⁷⁸⁵ Artículo 10 de la CE: “*1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁷⁸⁶ Siendo su modelo a todas luces más visible la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (en adelante LFRFA). Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Algunas áreas normativas se han copiado en la CE casi de manera idéntica a la Constitución Germánica, como por ejemplo las normas reguladoras de la composición y funcionamiento del TC.

⁷⁸⁷ Artículo 33.2 de la CE: “*La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*”.

⁷⁸⁸ Artículo 1.1 de la CE: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

⁷⁸⁹ Artículo 14 Contenido y características del derecho moral

“*Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:*

- 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.*
- 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.*
- 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.*

de un sistema jurídico civilista, no por casualidad se ha venido a denominar como Derecho de Autor, en contraposición al “*Copyright*” o “*Derecho de Copia*”^{790 791} de los países anglosajones. Las normas sobre protección del “*Copyright*” (que literalmente significa “*Derecho de Copia*”), vigentes en los EE.UU., derivan directamente de aquellas que se crearon en Inglaterra con anterioridad a 1776, año de la Declaración de Independencia de las colonias americanas sobre la metrópoli inglesa. La historia del “*copyright*” se halla obviamente conectada a la aparición de la imprenta, que trajo consigo ineludiblemente la aparición de la censura, y que a su vez tiene dos

4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen”.

Artículo 15 Supuestos de legitimación «mortis causa»

“1. Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3.º y 4.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos.

2. Las mismas personas señaladas en el número anterior y en el mismo orden que en él se indica, podrán ejercer el derecho previsto en el apartado 1.º del artículo 14, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de setenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40”.

Artículo 16 Sustitución en la legitimación «mortis causa»

“Siempre que no existan las personas mencionadas en el artículo anterior, o se ignore su paradero, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para ejercer los derechos previstos en el mismo”.

⁷⁹⁰ Aunque el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (R.A.E.) define Copyright como “*Derecho de Autor*”, y “*Derecho de Autor*” como “*El que la ley reconoce al autor de una obra intelectual o artística para autorizar su reproducción y participar en los beneficios que esta genere*”; en realidad las expresiones “*Copyright*” y “*Derecho de Autor*” no son lo mismo desde un punto de un punto de vista técnico. Además la definición que el Diccionario de la R.A.E., no es extrapolable al copyright, ya que el EE.UU. legalmente, un autor puede transferir o vender el Copyright, y no participar de los beneficios derivados de la explotación de su obra. Por tanto, en este trabajo, cuando nos refiramos a los EE.UU. utilizaremos el término “*Copyright*”. [N. del A.]

⁷⁹¹ Esto es así aunque la propia web de la Oficina de Protección del Copyright (o “Copyright Office”), en la traducción de su panfleto informativo “*Copyright Basics*” al Castellano titulado “*Fundamentos del Derechos de Autor*” [Sic], emplee esta designación para denominar al copyright, y denomine a la “Copyright Office como “Oficina de Derechos del Autor de los Estados Unidos” A mi juicio, esta designación es tan incorrecta desde el punto de vista de la ciencia jurídica como de la gramatical (coherente con el maltrato habitual que se le dispensa al Idioma Castellano en EE.UU.; tanto desde la Administración, como desde los medios privados). Este panfleto se puede encontrar en la dirección web: <http://www.copyright.gov/espanol/circ01-espanol.pdf>.

consecuencias inmediatas sobre el desarrollo del copyright. La consecuencia más obvia ⁷⁹² es que la regulación del “*copyright*” durante 160 años, se realizó por el poder ejecutivo, sin interferencias de los poderes legislativo y judicial. La consecuencia menos obvia que se deriva de este hecho es que el proteger los derechos de los autores en el momento de desarrollo primigenio del concepto de “*derecho de copia*” no resultaba la prioridad del poder ejecutivo, y consecuentemente los titulares de este derecho fueron en un principio los dueños de imprentas (en puridad, los que realizaban copias) así como los editores responsables de la publicación de las obras (casi siempre libros, ocasionalmente panfletos), así como los responsables de ejecutar tal derecho de manera forzosa dado el caso, por delegación directa del poder ejecutivo ⁷⁹³. Desde el punto de vista jurídico, la posibilidad de realizar numerosas copias de una obra literaria a mayor velocidad, supone el germen de la separación conceptual de la obra en sí y la cosa material (un libro) en que esta estuviera fijada. No obstante, la realidad era que tan pronto como la obra comenzaba a imprimirse desaparecía cualquier protección sobre el autor o cualquier posible derecho de este sobre su obra ⁷⁹⁴.

Durante el bienio que va de 1556 a 1557 se dicta en Inglaterra el Real Decreto más importante en lo que respecta a la evolución normativa del “*copyright*”. Los Reyes Felipe y María otorgan al Gremio de Papeleros de Londres el Fuero que lo convierte en la Compañía Papelera de Londres (“*Stationer’s Company*”). El Fuero, amén de crear la Compañía, otorgó a esta el derecho exclusivo a publicar libros o panfletos ⁷⁹⁵. PATTERSON define así el Derecho de la Compañía: “*El copyright de la Compañía papelera era un derecho reconocido entre los miembros de la Compañía, que concedía el derecho al miembro que publicara un trabajo a prevenir la impresión*

⁷⁹² Obvia puesto que la censura se ejerce casi invariablemente desde el poder ejecutivo.

⁷⁹³ Esta es a grandes rasgos la idea que expone LYMAN RAY PATTERSON en su imprescindible obra sobre el tema “El Copyright en Perspectiva Histórica. Este autor, señala que se ha sugerido que quizá si William Caxton (el introductor, como hemos visto, de la imprenta en Inglaterra, y escritor tremendamente prolífico), hubiera tenido un competidor con el suficiente capital como para “piratear” (traducción literal) las obras de Caxton de manera masiva, los Derechos de del autor sobre su obra se hubieran reconocido mucho antes Puesto que esto nunca ocurrió y “El único impresor y hombre de letras de Inglaterra, que además gozaba de la ventaja de tener amigos poderosos en la Corte [del Rey] nunca se vio compelido a la auto-defensa [contra la piratería sobre sus obras]. PATTERSON, LYMAN RAY, *Copyright in Historical Perspective*. Patterson, Vanderbilt University Press, Nashville 1968. Capítulo 2: “*Prelude: Early Government Press Control*”.

⁷⁹⁴ GINSBURG, JANE, C., *Copyright and Control over New Technologies of Dissemination*, The Columbia Law Review, vol. 101, 2001.

⁷⁹⁵ Dado que la “*Stationers Company*” agrupaba no solo a los editores, sino también otros oficios, como por ejemplo a los libreros y encuadernadores, he optado en su traducción por la literalidad, en lugar de, por ejemplo, traducir “*Stationers Company*” como la Compañía de Editores, que suena mejor en Castellano, pero no que sería enteramente preciso desde un punto de vista técnico.

no autorizada de tal trabajo”⁷⁹⁶. La introducción de la palabra “*publicado*” resulta sin duda relevante, puesto que el “*derecho de copia*” de la Compañía era esencialmente un derecho a que se protegiera la percepción de beneficios que se derivaran de la publicación por esta, sin temor a la piratería. Estamos hablando entonces de un derecho fundamentalmente económico: el derecho del empresario a proteger su inversión.

El derecho de copia era además uno de carácter alienable, además de transferible tanto “*inter vivos*” como “*mortis causa*”. Es decir, resultaba ser un derecho de propiedad pleno. Por tanto, puesto que este derecho se encontraba limitado a los miembros de la Compañía, y los autores de las obras no lo eran, consecuentemente el autor de la obra no se podía considerar legalmente sujeto del derecho, y por derivación lógica el autor no gozaba del derecho a publicar sus propias obras. El único beneficio económico del que disfrutaba el autor era que el editor le pagase por la venta de su manuscrito. Esta es la explicación primigenia de que en los países anglosajones, la protección de la creación es a rasgos generales la protección de los derechos patrimoniales o de explotación. Es sólo posteriormente cuando el Estatuto de la Reina Ana en Inglaterra, inmediatamente después el artículo 1.8 de la Constitución de los EE.UU. traspasaron al autor el “*ius prohibendi*” originario del que disfrutaban hasta entonces los editores⁷⁹⁷. Desde entonces hasta nuestros días la base de la protección de la creación en el ámbito de los países anglosajones es este “*ius prohibendi*” o de “*propiedad intelectual*”, es decir la concesión de la facultad de realizar la necesaria autorización a los autores (o sus asimilados legales) para que se realice legalmente cualquier uso de su obra por un tercero (fundamentalmente usos que gocen de una significación económica, claro está); autorización que se lleva a cabo normalmente a cambio de una contraprestación económica. Es por esto, que los derechos de los autores en Inglaterra y los EE.UU. son de tipo exclusivamente económico o de explotación; siendo estos derechos lo que conocemos por “*copyright*”.

⁷⁹⁶ PATTERSON, LYMAN RAY, Op. Cit. (Traducción del autor).

⁷⁹⁷ Para PATTERSON, EL Estatuto de la Reina Ana es un antecedente directo del Artículo 1.8. de la Constitución de los EE.UU., o “*Clausula sobre protección del Copyright*” (“*Copyright Clause*”), que otorga al Congreso el poder para “...promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando por tiempo limitado a los inventores y autores el exclusivo derecho sobre sus respectivos descubrimientos y escritos”. La razón que esgrime este autor es que el texto del título del Estatuto de la Reina Ana contiene las mismas ideas que se encuentran en la Cláusula Constitucional Americana. Son las siguientes: “*el propósito de la protección del Copyright (el fomento del saber); los beneficiarios del Copyright (Los autores, o sus causahabientes), el contenido del Copyright (las copias de los libros); una condición precedente (la impresión de un libro); y una condición subsiguiente (Durante los plazos mencionados en la Ley)*”. PATTERSON, LYMAN RAY, *Copyright in Historical Perspective*. Patterson, Vanderbilt University Press, Nashville 1968. (Traducción del autor).

En nuestro entorno “civilista” o si se quiere “continental”, hay que señalar que como muy bien apunta BECOURT ⁷⁹⁸ los derechos morales del autor no nacen directamente en la Revolución Francesa. La Constitución del 3 de septiembre de 1791, y de manera específica el Decreto del 19 de julio de 1793, que versaba sobre los “*derechos de propiedad de los autores*”, tenía por objeto fundamentalmente evitar que, al imprimirse, las producciones de un escritor pudieran considerarse como propiedad pública, otorgando legalmente derechos patrimoniales o de explotación al autor y para sus herederos; es decir, consistía asimismo en un derecho de naturaleza económica. No es hasta el siglo XIX cuando, fundamentalmente en Francia, se desarrolla el concepto legal que se posteriormente se vino a denominar como “*derechos morales de los autores*”:

“La ley francesa representa la síntesis más elaborada, al establecer una protección tanto del autor como de su obra, que concibe la creación desde un punto de vista esencialmente individual, de conformidad con la filosofía del siglo XIX. El autor, persona física, goza de prerrogativas de tipo intelectual y, por ello mismo, puede decidir soberanamente sobre la realización y la conclusión así como sobre la difusión de su obra. Dispone además de prerrogativas de tipo moral, destinadas a proteger su nombre, su calidad y su obra, elementos todos inherentes a la creación, que justifican el carácter “perpetuo” e “inalienable” que la ley reconoce a dicho derecho. En cambio puede, por un acuerdo escrito, ceder el derecho patrimonial del que es titular, a cambio de una remuneración calculada con arreglo a un criterio puramente cuantitativo, ya que es proporcional a los resultados de la explotación. Dicho régimen obedecía a la lógica de la revolución industrial que se había iniciado en el siglo XVII” ⁷⁹⁹ .

Así, el Derecho de Autor, emanaría desde entonces directamente de su personalidad, ya que la obra nace directamente de la naturaleza personal del autor ⁸⁰⁰ . La “tesis” hegeliana de la que hablaba más arriba se correspondería entonces con la que se encuentra en la Declaración Universal de Derechos del Hombre (en adelante, DUDH), que proclama el carácter de derecho fundamental

⁷⁹⁸ BECOURT, DANIEL, *La Revolución Francesa y el Derecho de Autor: por un nuevo universalismo*, Boletín de Derecho de Autor. Unesco. Vol. XXIV, No. 4, 1990, 4-13

⁷⁹⁹ Ídem. Pág. 7.

⁸⁰⁰ Esta obra emana de mi personalidad, de mi bagaje académico, de mi historia personal. Tal y como está, solamente lo podría haber escrito yo, y no otra persona, ya que aunque resulta claro que sigo (por propio convencimiento) en este tema y en otros a la escuela jurídica norteamericana, y que me encuentro fuertemente influido por ella, asimismo se encuentra reflejado en él mi “cosmovisión” particular, lo que lo convierte en personal e intransferible.

tanto de la dimensión moral como de la dimensión patrimonial del Derecho de Autor. Así, el art. 27.2 de la DUDH señala expresamente que *“toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones literarias, científicas o artísticas de que sea autora”*. Esta postura resulta eminentemente minoritaria en derecho comparado, siguiéndose marginalmente en el artículo 42 de la Constitución Portuguesa⁸⁰¹, y en el artículo 19 de la Constitución Sueca⁸⁰².

Entonces, si la tesis se encontrara en la postura doctrinal que defiende la concepción del Derecho de Autor en su totalidad como un Derecho Fundamental, la antítesis estaría representada por la concepción del Derecho de Autor, asimismo en su totalidad, como un derecho estrictamente patrimonial; es decir, estrictamente como un derecho de propiedad (o como un *“Ius Prohibendi”* que materializa tal derecho de propiedad). Esta es la concepción existente en los sistemas jurídicos anglosajones, siendo el más relevante (por razón tanto del peso específico del país en términos geopolíticos y económicos, como por la importancia de sus industrias de creación) el de los EE.UU.

La síntesis derivada de ambas concepciones se plasmaría en la concepción del Derecho de Autor que demostraré ha abrazado nuestra propia CE, y en la que se otorga el rango de derecho fundamental a los derechos morales; quedando los derechos patrimoniales o de explotación reconocidos como una especialidad del derecho de propiedad, que carecería del rango de derecho fundamental, y que se desarrolla o ejerce en el marco constitucionalmente reconocido de la economía de mercado. Es decir, los artículos de nuestra Constitución de los que derivarían los derechos patrimoniales o de explotación derivados del Derecho de Autor serían los 33⁸⁰³ y 38⁸⁰⁴

⁸⁰¹ *“De la libertad de creación cultural*

1. Será libre la creación intelectual, artística y científica.

2. Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de obras científicas, literarias o artísticas, incluyendo la protección legal de los derechos de autor”.

⁸⁰² *“Los autores, artistas y fotógrafos tendrán la propiedad de sus obras de acuerdo con las normas que se desarrollen legalmente”.* *“Authors, artists and photographers shall own the rights to their works in accordance with rules laid down in law”.* (Traducción al castellano del autor desde la versión en inglés de la WIPO). Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=267691.

⁸⁰³ Artículo 33 de la CE: *“1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

⁸⁰⁴ Artículo 38 de la CE: *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.*

. Obviamente, los derechos morales no tienen demasiada relevancia práctica en el tema que nos ocupa ⁸⁰⁵, limitándose a la exigencia o requisito legal existente en el artículo 31.2 de la LPI que consiste en que para que un acto de reproducción quede subsumido en el ámbito de aplicación del límite, y consecuentemente una obra pueda ser reproducida sin autorización de su titular de derechos, la reproducción se realice “*de obras ya divulgadas*” (en el momento en que se realice la reproducción, se entiende). Cuando analicemos a fondo el límite de copia privada y sus requisitos o elementos legales en este mismo trabajo, dedicaré un punto completo al requisito de divulgación previa de la obra ⁸⁰⁶.

El artículo 20.1 b) de la CE ⁸⁰⁷, que algunos han identificado como la fuente constitucional del Derecho de Autor se puede leer como sigue:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”.

No obstante, si realizáramos un pequeño ejercicio de interpretación histórica, comprobaríamos que en la primera redacción propuesta para el artículo se abrazaba sin complejos la concepción que más arriba hemos agrupado en el concepto hegeliano “tesis”. Esta primera redacción consideraba

⁸⁰⁵ Y, como se ha señalado más arriba, la incidencia en la práctica de los derechos morales en general resulta más que limitada. Así lo demuestra que el elemento legal de divulgación previa de la obra en el ámbito del límite de copia privada nunca ha sido objeto merecedor de un amplio estudio doctrinal, tratándose por parte de la mejor doctrina de forma más bien escueta.

⁸⁰⁶ Ver página 719 y ss.

⁸⁰⁷ Atendiendo al ánimo de ser comprensivo, amén de porque más abajo mencionaremos algún otro precepto del artículo 20, procedo a reproducirlo en su totalidad:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

el Derecho de Autor en su totalidad como un derecho fundamental “*sustantivo y nominal*”, puesto que tanto el acto de creación en sí, como el producto resultado de tal acto (la obra), e incluso la comercialización de tal producto se protegían de manera explícita como parte del “*Derecho Fundamental de Autor*”. En esta primera redacción propuesta del artículo 20.1 b) se proclamaba que “*se garantiza la protección de los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica*”. Obviamente, por “*derechos inherentes*” no cabe entender otra cosa que los derechos patrimoniales o de explotación. Una serie de enmiendas intentaron, con buen tino, omitir esta redacción así como cualquier concepción constitucional de la propiedad intelectual como derecho fundamental del “*núcleo duro*” de la CE, remitiéndose directamente a la Ley Ordinaria la regulación del Derecho de Autor. Así, la Enmienda presentada por el partido antecesor del actual Partido Popular (Alianza Popular), argumentaba la eliminación de la mención a la propiedad intelectual en el artículo 20 de la CE, basándose en que esta “*era materia de Ley Ordinaria y no de Ley Orgánica*”. Por su parte, la Enmienda de la extinta Unión de Centro Democrático basaba la exclusión en que “*se estaba constitucionalizando la protección de la propiedad intelectual, lo cual se convertía en una protección reiterativa, pues la protección de aquella propiedad estaba ínsita en el artículo 33 de la CE*”⁸⁰⁸. Al final (por empeño personal de GREGORIO PECES-BARBA, uno de los padres de la Constitución) se llegó a la solución intermedia tanto en la forma, como en la sustancia; solución plasmada en la redacción que conocemos del artículo 20.1 b). Defiendo que es esta una solución intermedia sólo formalmente y en cierta manera “romántica” o “poética”, puesto que PECES-BARBA trataba de subrayar el carácter más “elevado” de la propiedad intelectual, en contraposición a la “prosaica” propiedad real. La consecuencia es un artículo que resulta en cierta manera reiterativo, ya si no existiera y se hubiera englobado la creación científica, artística y literaria en la protección constitucional de la libertad de expresión del artículo 20.1 a)⁸⁰⁹ los resultados en la práctica hubieran resultado idénticos: un derecho fundamental a crear libremente⁸¹⁰, y un derecho de propiedad y de explotación de dicha propiedad sobre los frutos de la creación científica o artística. Y así el profesor BERCOVITZ parece adherirse a esta línea de

⁸⁰⁸ PIZARRO MORENO, EUGENIO., *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Pág. 174.

⁸⁰⁹ Artículo 20.1 a) de la CE: “*1. Se reconocen y protegen los derechos:*

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

⁸¹⁰ Que para algunos se materializa en la prohibición de censura previa (tan común durante el Franquismo) del artículo 20.2. de la CE.

pensamiento al entender que el artículo 20.1. b) reconoce y protege los derechos “*a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*”; pero nada más, puesto que no si se hubiera querido proteger el Derecho de Autor en su totalidad, se hubiera explicitado en el artículo; es decir, reconoce el derecho a crear libremente, y así, por ejemplo, el artículo 20.2 completa este artículo al prescribir que “*el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa*”⁸¹¹. No haría así el artículo 20.1 b) más que reconocer derechos que existían previamente a la CE (y que habrían sufrido dificultades para ser ejercitados en libertad y sin cortapisas durante el régimen autoritario anterior). No obstante, tanto el producto de ese acto de creación (la obra, el objeto de derecho, la cosa), como las relaciones del creador (sujeto de derecho, propietario) con ese producto y con terceros se considerarían legalmente como un derecho de propiedad (si bien “especial”). No en balde la Ley que desarrolla el Derecho de Autor en España no se ha dado en llamar “Ley de Derecho de Autor”⁸¹², sino “*Ley de Propiedad Intelectual*”.

Es decir, que si el Derecho de Autor en general, y los derechos de explotación en particular, derivaran en su totalidad del artículo 20.1 b), la Ley que lo regulara necesariamente se debería llamar “Ley Orgánica de Propiedad Intelectual”, lo cual no ocurre, puesto que la LPI es una Ley Ordinaria (concretamente un Decreto Legislativo). El Derecho de Autor en España se regula, como sabemos, por el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, legislación delegada por el “*Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*”⁸¹³ (y al que en el marco de este trabajo nos referimos como LPI). GARCÍA DE ENTERRÍA define el instrumento del decreto legislativo de la siguiente manera:

⁸¹¹ BÉRCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO, Manual de propiedad intelectual, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006. Pág.25.

⁸¹² Como sucede en muchos países de nuestro entorno.

⁸¹³ De acuerdo con la disposición derogatoria única de dicho decreto, las Leyes refundidas son las siguientes:

1. Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.
2. Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.
3. Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho Español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.
4. Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.
5. Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho Español de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del Derecho de Autor y de determinados derechos afines.

“Son Decretos del Gobierno que desarrollan una delegación recepticia otorgada por las Cortes, esto es, una delegación legislativa de cuyo ejercicio resultan normas «con rango de Ley» (Artículo 82.1 de la CE ⁸¹⁴). El nombre de «Decretos Legislativos» (Decretos en cuanto dictados por el Consejo de Ministros, legislativos en cuanto tienen rango de Ley, excepcionalmente) viene impuesto por el artículo 85 dela Constitución ⁸¹⁵ “ ⁸¹⁶ .

Según el artículo 82.1 de la CE, el procedimiento para aprobar normas que desarrollen (no que regulen el ejercicio) los derechos fundamentales “sustanciales” de la Sección Segunda del Capítulo III, que en todo caso (como hemos visto) deberán tener rango de Ley es el de delegación legislativa al Gobierno de España por parte de las Cortes Generales. En cuanto a la forma de “*Texto Refundido*”, el artículo 82.2 de la CE aclara que en estos casos la delegación deberá otorgarse por “*Ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo*”, y el artículo 82.5 de la misma norma constituyente señala que “*La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*”. Finalmente el artículo 83 de la CE indica que “*Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos*”. Entonces, tenemos una LPI que cumple el requisito de reserva de Ley,

6. Ley 28/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho Español de la Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

⁸¹⁴ Artículo 82 de la CE: “1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.

2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.

3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.

4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.

5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”.

⁸¹⁵ Artículo 85 de la CE: “Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos”.

⁸¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª Edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2013. Pág. 175.

pero no el de reserva de Ley Orgánica, por lo que podemos convenir que la legislación sobre Derecho de Autor en España no desarrolla el artículo 20.1 b).

Esta “doble” protección del Derecho de Autor (del acto de crear, y de la comercialización de los frutos emanados de tan acto) no resulta privativo del Ordenamiento Jurídico español, ya que en muchos ordenamientos jurídicos pertenecientes como el nuestro al sistema “civilista” se reconocen dos tipos distintos de derechos: los derechos morales y los derechos patrimoniales o de explotación⁸¹⁷. En nuestra Constitución una parte significativa de la mejor doctrina cree que existe un derecho fundamental a crear sin trabas, que está tan emparentado con el Derecho a la Libertad de Expresión que existen dudas sobre que sea en realidad un derecho distinto de aquel, y que trae como consecuencia las facultades derivadas de los derechos morales recogidos en el artículo 14 de la LPI⁸¹⁸. Además, como sabemos, existe un derecho de propiedad sobre lo creado, que también se denomina como derecho patrimonial o de explotación, y que es el que nos interesa fundamentalmente, por cuanto que el derecho de reproducción es un derecho de explotación y por cuanto el límite de copia privada (excepto en lo que respecta a la divulgación previa de la obra) es un límite con objetivos fundamentalmente económicos (que el usuario no se vea obligado a adquirir una nueva copia en el mercado en determinados supuestos), con requisitos asimismo económicos (la legalidad de la fuente implica un origen normalmente “bueno” o “legítimo” en

⁸¹⁷ En los países anglosajones, los derechos morales no existían, aunque se han reconocido alguno recientemente de forma muy limitada como consecuencia de la pertenencia de estos países a los Tratados Internacionales sobre Derecho de Autor (concretamente al Convenio de Berna, que administra la Organización Mundial de Comercio).

⁸¹⁸ Artículo 14 de la LPI. Contenido y características del derecho moral:

“Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:

- 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.*
- 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.*
- 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.*
- 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.*
- 5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.*
- 6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.*
- Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.*
- 7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.*

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen”.

términos de adquisición del original en el mercado; mientras que la interdicción de los usos colectivos o lucrativos implica que estos usos provocan un detrimento patrimonial al titular de derechos sobre la obra), y con consecuencias correlativas a la realización de la copia privada asimismo económicas (obligación de compensar equitativamente al titular de derechos sobre una obra por la realización de copias privadas sobre ella). ALZAGA nos explica que “*El art. 20.1 b), reconoce y protege los derechos a la producción y creación literaria, artística y técnica*”, *derechos que, en el fondo, se encontraban ya recogidos en el apartado a), pero que el constituyente parece haber querido especificar con la máxima concreción. Estamos en presencia de lo que se ha dado en llamar derecho a la creación intelectual* [en *itálica* en el original], *perfectamente distinguible, por lo demás de los derechos de propiedad intelectual, que no tienen rango de derecho fundamental*”⁸¹⁹. APARICIO, (aunque con las mismas consecuencias prácticas) también entiende que la “*libertad de producción literaria, artística, científica y técnica*” es “*una manifestación particular de la libertad de expresión en los campos de la producción cultural y científica*”⁸²⁰, lo cual es básicamente lo que apuntaba ALZAGA al entender que esta libertad de creación ya se encontraría protegida por la letra a) del artículo 20 de la CE⁸²¹.

Resulta asimismo de interés señalar que el artículo 149.1 9º) de la CE proclama que el Estado, en contraposición a las autonomías, goza de potestad exclusiva para legislar sobre las materias objeto de propiedad intelectual⁸²², lo cual no se hubiera necesitado reiterar de haberse tratado de una materia con categoría de Derecho Fundamental. Sin embargo, y debido a la inclusión (digamos “poética” por empeño personal de PECES-BARBA) del artículo 20.1 b) en la CE (aunque coincido con los autores más arriba citados en que hubiere bastado con el reconocimiento de la libertad de expresión general del artículo 20.1 a)⁸²³, se atribuye de manera separada y explícita esta exclusividad legislativa al Estado en el artículo 149, a pesar de que en el mismo artículo y apartado,

⁸¹⁹ ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO, RODRIGÉZ ZAPATA, JORGE, *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978*, Editorial centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008. Pág. 116

⁸²⁰ APARICIO PEREZ, MIGUEL ANGEL., *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2009. Pág. 585.

⁸²¹ Derecho a la creación intelectual se trata en las SSTC 153/1985, de 7 de noviembre; y 35/1987, de 18 de marzo.

⁸²² Artículo 149 de la CE: “1. *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:*

9.ª Legislación sobre propiedad intelectual e industrial”.

⁸²³ Artículo 20 de la CE: “1. *Se reconocen y protegen los derechos:*

a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*
b) *A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*”.

en su letra anterior, se atribuye al Estado asimismo exclusividad sobre la legislación civil (es decir, sobre la legislación relativa a la propiedad, por lo que podría existir redundancia) ⁸²⁴ .

Finalmente, si los derechos patrimoniales de explotación en general, y el derecho de reproducción en particular pertenecieran a la categoría de los derechos fundamentales, evidentemente el límite de copia privada nunca se podría haber basado simplemente en razones de oportunidad, puesto que estas razones por sí solas no bastan para limitar un derecho fundamental “*sustantivo y nominal*”, por lo cual en el mismo límite se manifiesta de manera explícita que no se podrán realizar reproducciones a su amparo con anterioridad a la divulgación de la obra por el autor, puesto que tal facultad del Derecho de Autor sí que emana de un Derecho Fundamental plenamente “*sustantivo y nominal*”.

Por tanto, si consideramos el Derecho de Autor como un derecho de propiedad (y no en vano se utiliza la expresión “*propiedad intelectual*” para denominarlo), su base constitucional directa se encontraría en el artículo 33 de la CE, en el que el legislador constituyente reconoce el derecho de propiedad en general; es decir, todo tipo de propiedades atendiendo al objeto. Y así sirve este artículo de base tanto al reconocimiento y protección legal de la propiedad “real” que se recoge en el Código Civil, como de la intelectual que el que Derecho de Autor reconoce a este sobre su obra, y que cristaliza en los llamados derechos patrimoniales o de explotación reconocidos y protegidos en la LPI. Entre estos derechos se halla el derecho de reproducción, que como hemos señalado repetidamente, (y como habremos de indicar en cuantas ocasiones resulte necesario) resulta con diferencia el derecho de mayor importancia en la era digital por una consideración técnica, ya que cualquier comunicación o puesta a disposición de una obra en el ámbito de la Red implica necesariamente además la realización de una reproducción o copia digital. Así, los derechos de explotación se manifiestan tanto en el plano positivo, puesto que el autor se encuentra legalmente capacitado para disponer de su obra; como en un plano negativo por cuanto el autor (o su asimilado

⁸²⁴ Artículo 149 de la CE: “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

legal) es titular del “*Ius prohibendi*”⁸²⁵, que es la facultad de la que los autores y sus asimilados legales gozan, y que consiste en la capacidad de prohibir el uso y disfrute de sus obras sin su autorización; autorización que se vendría a suplir legalmente por parte del Estado (en sustitución del autor) bajo determinadas circunstancias o de cumplirse ciertos elementos o requisitos por parte del límite legal de copia privada.

El artículo 33 de la CE se divide en tres apartados, reconociéndose en el primero el derecho de propiedad y su transmisión “*mortis causa*”; en el segundo la función social de la propiedad (función en la que algunos han querido fundamentar, a mi juicio equivocadamente, el límite de copia privada); y en el tercero (que no nos interesa a objeto de este trabajo) la prohibición de la privación (la expropiación) arbitraria o no motivada de la propiedad por las Administraciones Públicas sin el pago correlativo de indemnización o justiprecio al titular de la propiedad⁸²⁶.

Consecuentemente, el artículo 33 de la CE se lee de la siguiente manera:

“1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

Además resulta de aplicación a los derechos de explotación o patrimoniales el artículo 38 de la CE, puesto que el ejercicio de tales derechos patrimoniales o de explotación recogidos en los artículos 17 y ss. de la LPI se ha de realizar necesariamente en el ámbito de la economía de mercado. Por ello, la infracción en masa de derechos de explotación, como la que representa por ejemplo la piratería, representa una variedad de competencia desleal que distorsiona gravemente

⁸²⁵ Muchos de mis profesores de LLM en la *University of New Hampshire, School of Law* (anteriormente *Franklin Pierce Law Center*) pensaban que la única facultad verdaderamente relevante del copyright era este “*Ius prohibendi*”, y ciertamente no se encontraban solos en la defensa de este argumento, ya que esta es la idea preponderante en los EE.UU.

⁸²⁶ La compensación equitativa por copia privada tiene una naturaleza jurídica totalmente distinta, ya que para empezar no se priva al titular de derechos de autor sobre una obra de su propiedad intelectual, sino que se limita ésta permitiendo el ejercicio no autorizado de la facultad de realizar una reproducción. Además tal facultad se ejercita por parte de personas físicas privadas si se cumplen ciertos elementos y no por una Administración Pública.

el mercado para las obras de creación, produciendo un perjuicio económico sustancial a los titulares de derechos ⁸²⁷. De igual modo, la existencia de límites legales a los derechos de explotación, como es el límite de copia privada, representan asimismo un perjuicio económico indudable para los titulares de derechos, y tal perjuicio es el que motiva la existencia de una compensación equitativa a los autores por razón del uso y disfrute no autorizado de sus obras con amparo en tal límite legal. Evidentemente, cuando se subsanan de hecho a los titulares de derechos de explotación las pérdidas económicas provocadas por los actos de competencia desleal en la Red por medio de un sistema de compensación equitativa (que como veremos está diseñado para afrontar otros problemas que se daban de manera específica en el mundo analógico), entramos en una situación en que se distorsiona tanto el sentido o “*ratio legis*” de la institución del límite de copia privada como de su compensación equitativa, dañándose además irreparablemente el mercado potencial para obras de creación, y por tanto la motivación económica del autor para crear, ya que el autor es además persona que necesariamente ha de recurrir al mercado para satisfacer sus necesidades vitales. El artículo 38 de la CE por tanto abraza la economía de mercado para el Estado Español mediante la siguiente redacción:

⁸²⁷ El por qué esto es competencia desleal resulta obvio. Para comunicar en su variedad de puesta a disposición por ejemplo una película, a través de también por ejemplo FILMIN, la plataforma legal de exhibición del ex-presidente de la Academia del Cine, ENRIQUE GONZALEZ MACHO, FILMIN ha de realizar un pago a los titulares de derechos sobre la película para que estos autoricen a FILMIN que la ponga a disposición de los usuarios vía “streaming”. El usuario normalmente realizará un pago a FILMIN por visionar (es decir por usar o disfrutar) la película una vez, o por un plazo de tiempo determinado (pongamos 24 horas). El que el usuario tenga acceso a esa película por el plazo de 24 horas y no por más tiempo; el que el usuario haya de pagar antes de usar y disfrutar la película (caso contrario se le denegará el acceso a la misma); o el que el usuario no pueda realizar una reproducción para uso privado de la película transmitida vía “streaming”; se asegura en la práctica mediante el uso de medidas tecnológicas de seguridad. Si los responsables de una web de enlaces ilícita ponen “links” a copias de la misma película que ellos mismos han almacenado en una web de almacenamiento tipo MEGAUPLOAD, y cobran al usuario una cuota, o perciben ingresos por la publicidad en su web (web que el usuario visita con el único objetivo de visionar la película) están compitiendo de manera desleal con FILMIN ya que los propietarios de webs de enlaces no pagan a los titulares de derechos por la licencia necesaria para poner la película a disposición del público de manera legítima. Esta práctica traerá un perjuicio económico a FILMIN que resulta difícil de probar (puesto que de no existir la web de enlaces el usuario podría haberla visto en FILMIN, otra plataforma legal, o no haberla visto), y perjudicará también a los titulares de derechos sobre la película de una manera que también resulta difícil de probar (por el mismo motivo, porque el usuario, de no tener la oportunidad de ver la película gratuitamente utilizando una web de enlaces, podría optar por leer un libro en su lugar). Es por ello por lo que el acto de competencia desleal realizado por la web de enlaces ha de estar penado con independencia del perjuicio económico que cause. Es también por ello que la no aplicación por los Tribunales Civiles de “daños punitivos” (“*punitive damages*”) o penalizaciones económicas que excedan de la indemnización por daños y perjuicios judiciales con ánimo ejemplarizante en España hace muy difícil luchar contra estas webs. Si toda esta secuencia se realiza varios miles de veces al día, la distorsión del mercado, y la imposibilidad material de operar una plataforma de exhibición legítima en la Red es evidente, como lo es la imposibilidad de que los titulares de derechos de explotación recuperen sus inversiones y puedan poner en marcha nuevos proyectos. Así, en el nicho de mercado para las obras de creación en España se ha hecho dejación evidente por parte de los poderes públicos de la obligación de garantizar y proteger el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Por tanto, en el marco de la CE, la vertiente patrimonial o de explotación del Derecho de Autor emana del derecho de propiedad del artículo 33 de la CE, así como de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado del artículo 38. Por ello, la vulneración del derecho de reproducción no goza del nivel de protección constitucional del que sí disfrutaría por ejemplo un acto de censura previo de una obra literaria o cinematográfica, el cual sería susceptible de protección directa vía Recurso de Amparo ante el TC. Como explica ALZAGA, la no inclusión del Derecho de propiedad entre los derechos fundamentales constitucionales resulta una peculiaridad de la CE: *“el PSOE y el PCE exigieron que [el derecho de propiedad] no estuviese protegido por el recurso de amparo y, por tanto, no podía ubicarse en el seno de la Sección I, exigencia que prosperó –la verdad es que resultaba más que difícil justificar que un derecho que es la base de todo el Derecho civil y mercantil y aún del administrativo económico pudiera ser materia del recurso de amparo ordinario y, menos aún, del de amparo extraordinario ante el TC- y explica su emplazamiento”* ⁸²⁸. No obstante, esto no significa ni mucho menos que estos derechos no se hallen protegidos en nuestro ordenamiento jurídico, sino sólo que el legislador constituyente efectivamente no quiso colapsar el TC con cuestiones que deberían resolverse de manera mucho más ágil por parte de los Tribunales ordinarios. Por tanto, que la propiedad intelectual se regule en nuestro ordenamiento jurídico de la manera más parecida posible a la propiedad, y que el tráfico económico sobre obras de creación se regule de la manera más similar posible al tráfico económico de otros bienes y servicios por parte de la legislación mercantil resulta positivo, y el considerar legal y socialmente las obras de creación de manera exactamente análoga a como se consideran otros bienes y servicios ayudaría en gran medida a la aceptación de sus normas por parte de la ciudadanía, que parece no tener ningún problema en comprender y respetar el concepto de propiedad real y sus límites, ni el concepto de tráfico mercantil de bienes y servicios, pero que no parece comprender que la propiedad intelectual es propiedad, y que sus límites no son

⁸²⁸ ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO, RODRIGÉZ ZAPATA, JORGE, *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978 (4ª Edición)*, Editorial centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008. Pág. 47.

derechos de los ciudadanos, sino límites legales a los derechos de los autores. Desgraciadamente, esta confusión se da de manera especialmente aguda en el ámbito digital en línea, y a aclarar estos conceptos no ayuda, claro, la suerte de “expropiación en masa de los derechos patrimoniales de los autores” (si se me permite tal expresión) que se ha justificado en los últimos años por cuenta del límite de copia privada.

Sin embargo, hay que indicar que en nuestro Ordenamiento Jurídico el Derecho de Autor tampoco deriva exclusivamente de los artículos 33 y 38 de la CE (la antítesis de nuestro razonamiento). El profesor PÉREZ ROYO defiende en este sentido una postura ciertamente brillante, ya que aunque a primera vista parecería que su concepto de la categorización constitucional del Derecho de Autor en su totalidad sería exclusivamente la de Derecho Fundamental “*sustantivo y nominal*”, puesto que se adhiere al grupo de autores que conceden gran importancia en lo tocante a este tema el artículo 10.2 de la CE, artículo que recordemos prescribía que “*las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, y que se tomaba en conexión con el asimismo ya conocido por nosotros artículo 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el objeto de reconocer expresamente el carácter de derecho fundamental “*sustantivo y nominal*” del Derecho de Autor, en ambas sus vertientes de derecho moral y de derecho patrimonial o de explotación ⁸²⁹. Sin embargo, (y ahí radica su brillantez) introduce PÉREZ ROYO una derivada a esta argumentación:

“Estos derechos de autor, aunque tienen sin duda el carácter de Derechos fundamentales, no tienen, sin embargo, la protección que tiene el derecho reconocido en el art. 20.1.b) CE, de la misma manera que tampoco lo tenía el contenido patrimonial del derecho a la propia imagen [...]. Para el ejercicio de estos derechos habrá que estar a lo que disponga la legalidad ordinaria que los desarrolle, que no tendrá carácter de legislación orgánica, y a lo que decidan los tribunales de justicia ordinarios, a los que no se podrá acudir por

⁸²⁹ PÉREZ ROYO, JAVIER, Curso de Derecho Constitucional (Duodécima Edición). Marcial Pons, Madrid 2010, Pág. 211

la vía preferente y sumaria prevista para los derechos fundamentales de la Sección Primera”⁸³⁰.

Es decir, que una cosa es el reconocimiento “*in vacuo*” tanto de los derechos morales como patrimoniales derivados de la creación a su autor, que se tomaría como un derecho fundamental “*nominal y sustantivo*” (y así, la asignación a un autor de un autor de la propiedad sobre su obra equivaldría al reconocimiento de su paternidad o autoría sobre ella), y otra cosa sería el ejercicio de esa propiedad sobre un bien susceptible de comercialización en el mercado, para lo que habría que estar a lo que dispusiera la LPI. APARICIO de igual manera (aunque con diferente argumentación), se adhiere a lo que hemos venido a denominar como “*síntesis*” en sentido puro, y así nos explica que el artículo 20 b) de la CE:

“Incluye los llamados derechos morales en relación con la obra que es fruto de su ejercicio, esto es, el reconocimiento de la autoría y la defensa de su integridad ante la posibilidad de desfiguraciones de origen externo. Por el contrario, los derechos patrimoniales vinculados a la creación literaria [errata en el original, donde se dice científica], artística, científica, y técnica serían manifestaciones de derecho de propiedad reconocidos en el artículo 33 de la Constitución, recibiendo su tutela correspondiente por medio de la protección de la propiedad intelectual [esto es, por la LPI]”

Y en este sentido, aún a mayor abundamiento, apunta acertadamente ESPÍN:

“Conviene no confundir, sin embargo, el derecho a la creación artística y literaria y a la creación científica y técnica con los derechos de propiedad intelectual e industrial. Mientras aquellos son derechos de naturaleza constitucional que se completan básicamente con el propio acto de la creación y la expresión sin trabas, los derechos de propiedad intelectual son derechos sobre la obra ya creada [en itálica en el original] y de naturaleza distinta y básicamente económica [...] Sí parece claro, sin embargo, lo señalado sobre la ausencia de rango constitucional de los derechos de propiedad intelectual e industrial en su contenido patrimonial tradicional. Su nivel de protección será por consiguiente el que establezca su regulación legal. Son además derechos de naturaleza

⁸³⁰ PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional (Duodécima Edición)*. Marcial Pons, Madrid 2010, Pág. 332.

*preferentemente económica: comprenden los derechos del autor o inventor a obtener los beneficios que su creación pueda determinar dentro del marco establecido por las leyes y según los términos de la relación contractual privada en virtud de cual se efectúa la actividad artística o científica y de acuerdo con lo que en ella se prevea sobre la explotación económica de dicha creación. Aun sin pronunciamientos extensos todavía, esta falta de relación entre el artículo 20.1 b) de la CE y los derechos de propiedad intelectual e industrial ha sido afirmada por el Tribunal Constitucional (ATC 197/82 de 2 de junio)”*⁸³¹.

Hay que decir que no fue esta, sin embargo, la primera vez que el TC tomó en consideración si debería entrar a decidir plenamente sobre la auténtica naturaleza constitucional del Derecho de Autor. El TS en Sentencia de 9 de diciembre de 1985, en el famosísimo caso “*Pablo Serrano*”, parece desterrar el carácter de Derecho Fundamental del Derecho de Autor⁸³²; aunque aquí no entraremos a valorar detenidamente esta Sentencia, ya que como señala ESPÍN, el TC en este caso

⁸³¹ ESPÍN, EDUARDO (LÓPEZ GUERRA et al.) Derecho Constitucional, Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 9º Edición, 2013. Pág. 273.

⁸³² De manera breve hay que decir que la Sentencia no considerando un caso relativo a los derechos morales del autor de una escultura susceptible de Recurso de Amparo, basándose el TS en la exclusión del Derecho de Autor en algunas piezas legislativas relativas a los derechos fundamentales anteriores y complementarios a la CE. Así, señala la Sentencia en su Considerando IV: “...pues no está comprendida en la ley, que se dice infringida, de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho de «Protección jurisdiccional de los derechos de la persona», en cuyo artículo primero, apartado uno, se dice que «el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley, gozarán de las garantías jurisdiccionales que en la misma se establecen»; no son todos los llamados derechos fundamentales, sino sólo los comprendidos en ella que son, específicamente, los señalados en el apartado segundo del precepto, sin perjuicio de lo establecido en su Disposición final, que son los siguientes: libertades de expresión, reunión, asociación, libertad y secreto de la correspondencia, libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y en general frente a las sanciones impuestas en materia de orden público»; el artículo once (primero de la Sección tercera dedicada a la «garantía jurisdiccional civil») establece, en su apartado primero que «las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona comprendidas en el ámbito de esta ley», añadiendo en el apartado segundo que «las disposiciones de esta Sección serán aplicables, en todo caso, cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona a que se refiere esta Ley establezcan alguna reclamación de orden civil»; y la Disposición final referida, insiste en este ámbito restringido al decir que «dentro de los dos meses desde la entrada en vigor de la Constitución y entre tanto se regula definitivamente el procedimiento judicial de amparo o tutela de los derechos reconocidos en la misma, el Gobierno, por Decreto legislativo, previa audiencia del Consejo de Estado, podrá incorporar al ámbito de aplicación de esta ley, los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella»; en cumplimiento de lo cual, se promulgó solamente, el Real Decreto de veinte de febrero de mil novecientos setenta y nueve (RCL 1979\575) (número trescientos cuarenta y dos) cuyo artículo único disponía que «quedan incorporados al ámbito de la protección de la Ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación por el territorio nacional, la entrada y salida de ESPAÑA en los términos legales, la libertad de cátedra y la libertad sindical»”.

“no entró en el fondo de lo planteado al versar [la controversia] sobre un asunto judicialmente zanjado antes de la entrada en vigor de la Constitución”⁸³³. Sin embargo, como de nuevo explica el profesor ESPÍN, el ATC 197/82 de 2 de Junio sí que indicó claramente que existía una falta de relación entre los derechos de propiedad intelectual e industrial y el artículo 20.1. b) de la CE⁸³⁴, por lo menos en lo concerniente a los derechos de explotación de los autores⁸³⁵.

Consecuentemente, al menos en lo tocante a los derechos patrimoniales o de explotación derivados del Derecho de Autor nos estaríamos moviendo dentro del ámbito de actuación o influjo del artículo 33 de la CE, lo cual no es una anomalía privativa de nuestro país, postura que fundamento en los trabajos del gran especialista en Derecho Constitucional comparado GEIGER, que explica el Derecho de Autor rara vez se menciona en constituciones nacionales o instrumentos jurídicos similares⁸³⁶, por lo que normalmente su protección se subsume en los países de nuestro entorno en el ámbito de la protección de la propiedad en general. Tal cosa ocurre en parte también en nuestro país, dado que en el marco de nuestro Derecho Civil, los derechos patrimoniales emanados del Derecho de Autor se reconocen de manera explícita efectivamente como una(s) propiedad(es) especial(es) del autor sobre su obra, y que se han venido a denominar, no por casualidad, de manera genérica como “*propiedad intelectual*”. Por ello, y aunque el Código Civil español (CC) reconoce las peculiaridades de la propiedad intelectual otorgándole un rango de “*propiedad especial*” (es decir, con características distintas de las que posea la propiedad sobre una casa o sobre un vehículo, pongamos por caso), y además haga esto sistemáticamente⁸³⁷, del CC se deduce obligatoriamente que la propiedad intelectual es sin duda alguna propiedad en toda la extensión del concepto, puesto que las normas regulatorias de la propiedad sobre una cosa⁸³⁸ contenidas en el Código, son supletorias en los supuestos de hecho⁸³⁹ no regulados por la LPI. Aún más importante: el propio

⁸³³ Ídem. Pág. 279.

⁸³⁴ También, GARCÍA SANZ, ROSA MARÍA, *El Derecho de Autor en Internet*, Colex, Madrid, 2005. Pág. 16.

⁸³⁵ Quizá habría relación en lo que respecta a los derechos morales de los autores. También para BERCOVITZ, el artículo 20.1. b) lo que protege es el derecho a la libertad de expresión, opinión e información. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coord. R. BERCOVITZ), 2ª ed., Madrid, Dykinson, 1997, Pág. 20 y sigs.

⁸³⁶ GEIGER, CRISTOPHE, *Promoting Creativity through Copyright Limitations Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, Vol. 12, 2010. Pág. 534.

⁸³⁷ Es decir encuadrando a la propiedad intelectual dentro de su Libro II, que se ocupa “De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones”; pero no en su régimen general de propiedad sobre las cosas, sino en el Capítulo III de su Título IV, que muy aclarativamente se llama “*De algunas propiedades especiales*”.

⁸³⁸ Artículo 348 del CC.

⁸³⁹ Artículo 429 del CC.

código CC establece que el Derecho de Autor habrá de ser regulado por su propia Ley especial: la Ley de Propiedad Intelectual (LPI)⁸⁴⁰. Por tanto, la fuente constitucional fundamental de los derechos de propiedad intelectual de los autores sobre su obra (es decir, de los derechos de explotación) es el artículo 33.1 de la CE, en que se reconoce el derecho a la propiedad privada; derecho que será desarrollado en el CC, y así lo piensa también MARÍN LOPEZ:

“La propiedad intelectual –o más precisamente, con palabras del art. 2 LPI, los «derechos de carácter [...] patrimonial» de la propiedad intelectual- es una forma de propiedad, una de las «algunas propiedades especiales» reguladas en el Título IV del Libro II del Código Civil. Se trata de un derecho de propiedad privada no sólo en el sentido del artículo 338 CC y concordantes, sino también el sentido del artículo 33.1 CE”⁸⁴¹.

Y por otra parte, no puedo por menos que reiterar que puesto que una gran parte del Derecho de Autor⁸⁴², versa sobre el reconocimiento y regulación de los derechos de explotación de los autores sobre su obra, y estos derechos de explotación se han de dar necesariamente en el marco de una economía de mercado, también habría que atender al artículo 38 de la CE, que como sabemos, reconoce precisamente eso: la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado en España. Existen además algunos casos recogidos en la LPI en que la concordancia lógica y legal de algún método legítimo de adquisición de la condición no sólo de propietario de la obra, sino también de autor, resultan imposible de explicar ateniéndonos solamente a la concepción que hemos bautizado como “tesis”, puesto que resultan de imposible acomodo en el ámbito del artículo 20.1 b). Así por ejemplo existen derechos originarios sobre una obra de los empresarios o arrendatarios de servicios por las obras ejecutadas o interpretadas bajo un régimen similar al “*work for hire*” americano, y que se reconocen en España por el artículo 110 de la LPI⁸⁴³; los derechos

⁸⁴⁰ Artículo 428 del CC.

⁸⁴¹ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007. Pág. 38.

⁸⁴² La única en el sistema del copyright, con la matización, en la que no vamos a entrar aquí, de las mínimas reformas hechas en EE.UU. para cumplir con el reconocimiento de los derechos morales de los autores que se hace en el artículo 6(bis) del Convenio de Berna, con el objeto de ratificar este Tratado Internacional.

⁸⁴³ Artículo 110 Contrato de trabajo y de arrendamiento de servicios. “Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación a los derechos de remuneración reconocidos en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 108”. Así, si bien aquí el empresario no adquiere derechos morales sobre la obra, si

originarios de reproducción ⁸⁴⁴ , de comunicación pública ⁸⁴⁵ , de distribución ⁸⁴⁶ de los productores de fonogramas, los derechos de reproducción ⁸⁴⁷ , de comunicación pública ⁸⁴⁸ , o de distribución ⁸⁴⁹ de los productores de grabaciones audiovisuales del artículo 120 de la LPI. Es evidente que todos estos derechos se derivan del ejercicio por los actores señalados de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado del artículo 38 de la CE y después del mismo derecho a la propiedad privada del artículo 33.1, puesto que en ninguno de los casos señalados se puede hablar estrictamente de autoría. Esta lista se puede extender a las entidades de radiodifusión, a quienes el artículo 126 de la LPI concede asimismo un extenso abanico de derechos. Pues bien, a todos estos titulares de derechos de explotación se les aplica por mor del artículo 132 de la LPI los mismos límites que para los derechos de los autores reconoce el Libro I, Capítulo II, del Título III de la LPI; y más concretamente el límite de copia privada del artículo 31.2 de la LPI, objeto de este trabajo, lo cual nos da un argumento de orden sistemático-constitucional para afirmar que el límite de copia privada no es de aplicación a los derechos emanados del artículo 20.1 a) El límite de copia privada se impone al titular originario del derecho de reproducción sobre la obra, aunque no sea el creador de la misma en el sentido del artículo 20.1 b). En estos casos, tampoco sería el autor es quién percibirá la compensación equitativa por razón de la realización de la copia privada, lo cual indica que al hablar del derecho de reproducción estamos simultáneamente hablando de un derecho de propiedad (transmisible), cuyo titular originario no siempre es el autor/creador, y que consecuentemente no podemos catalogarlo como un derecho personalísimo, por lo que habremos de concluir necesariamente que el límite de copia privada es un límite que es de accesión al derecho de reproducción, pero no a la autoría/creación.

Sobre la transmisión de los derechos de explotación, tenemos que decir que la LPI reconoce una ingente variedad de instrumentos legales contractuales destinados a tal efecto, que se hallan regulados por la propia norma legal. Entre ellos, podemos encontrar una extensísima variedad de transmisiones de derechos patrimoniales, *inter vivos* y *mortis causa*, exclusivos y no exclusivos,

que adquiere de manera originaria los fundamentales derechos en el plano económico de reproducción y comunicación, lo cual resultaría imposible vía artículo 20. .

⁸⁴⁴ Artículo 115 LPI.

⁸⁴⁵ Artículo 116 LPI.

⁸⁴⁶ Artículo 117 LPI.

⁸⁴⁷ Artículo 121 LPI.

⁸⁴⁸ Artículo 122 LPI.

⁸⁴⁹ Artículo 123 LPI.

licencias y cesiones de derechos. Todos los derechos de explotación cuya titularidad se haya alcanzado a través de tales transmisiones contractuales, son producto directo de la autonomía de la voluntad. Estamos hablando de una larga lista de métodos de transmisión de la propiedad que incluye todos los contemplados en el CC más algunos propios y exclusivos de la LPI. Todo este complejísimo sistema de transmisiones patrimoniales, evidentemente hay que situarlo en la órbita de los artículos 33 y artículo 38 de la CE, y hay que concluir entonces en que tanto los derechos patrimoniales, como el derecho de reproducción el cual el límite de copia legalmente restringe, deriva constitucionalmente de estos dos artículos encuadrados en la Sección 2ª del Capítulo II.

Por tanto, si recordamos el primer motivo por el cual explicaba al principio de este capítulo necesitábamos determinar la naturaleza constitucional del Derecho de Autor; es decir, para determinar la naturaleza constitucional de los derechos de explotación, y en concreto del derecho de reproducción, cuyo libre ejercicio por su titular el límite de copia privada restringe compulsivamente por Ley, podemos ya convenir que tal naturaleza constitucional es doble: Derecho Fundamental del artículo 20.1 b) en lo que respecta al acto de crear en sí, y naturaleza constitucional de derecho de propiedad emanado del artículo 33 de la CE en lo que respecta a los derechos patrimoniales o de explotación, entre los que se encuentra el derecho de reproducción que el límite de copia privada legalmente restringe.

1.3 El encaje del límite de copia privada en la Constitución Española de 1978 (iii). ¿Es la Constitución Española de 1978 fuente directa del límite de copia privada?

Una vez hemos determinado la naturaleza constitucional de los derechos de explotación en general y del derecho de reproducción en particular, el siguiente paso ha de ser necesariamente el de comprobar si existe algún derecho o libertad de las recogidas en nuestra Constitución que fundamente el límite de copia privada. Esto es así por cuenta del segundo motivo que decíamos justifica la existencia de este capítulo. El motivo que aducíamos es que resulta esencial para resolver el potencial conflicto en términos de jerarquía constitucional entre el derecho de reproducción y el límite de copia privada, puesto que posteriormente deberemos asimismo sopesar si el límite de copia privada (especialmente en el ámbito digital) se ve fundamentado por alguno de los derechos o libertades recogidos en la CE, puesto que como explica DÍEZ-PÍCAZO *“todo derecho fundamental queda limitado por la necesidad de hacerlo compatible con los demás derechos y bienes jurídicos protegidos por la Constitución; lo que conduce a plantear toda*

intervención legislativa en esta materia como la búsqueda de una solución a la colisión entre derechos y bienes jurídicos de rango constitucional y, por tanto, como un ejercicio de ponderación”⁸⁵⁰. Así, si el límite de copia privada derivara por algún derecho fundamental de los recogidos en el Capítulo I, Sección 1ª de la CE, su eliminación del Ordenamiento Jurídico español (que defiende en este trabajo), no sólo plantearía un sinnúmero de dudas en cuanto a su validez, sino que sencillamente no sería posible. Sin embargo, ya que este no deriva (como creemos) de ningún derecho fundamental, derecho o libertad pública, o incluso de alguno de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III, su eliminación de la LPI no plantearía ningún conflicto de orden constitucional.

El Libro I, Título III, Capítulo II de la LPI⁸⁵¹ se dedica a enumerar los límites legales al derecho de explotación de los autores sobre sus obras. Sin embargo, la fuente directa más importante de este Capítulo no es la CE, sino las normas emanadas de la UE, concretamente el artículo 5 de la DDASI⁸⁵². No obstante, la CE, como norma máxima de nuestro ordenamiento jurídico, como hemos visto, sí que es indudablemente fuente directa e indirecta de derechos y libertades, y algunos de estos derechos y libertades podrían entrar en contradicción con el Derecho de Autor, limitándolo o delimitándolo. Hemos convenido que los derechos de explotación de los autores sobre su obra tienen su fuente principal en el derecho de propiedad del artículo 33 de la CE; y hemos de precisar con GARROTE que todos los límites a este derecho, por mor de su propia base constitucional, han de estar “*sujetos a una interpretación restrictiva en caso de que se dude si una reproducción concreta está cubierta o no por el manto de la excepción*”^{853 854}.

El artículo 20.1. a) de la CE proclama el derecho fundamental a la libertad de expresión: “*Se reconocen y protegen los derechos a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y*

⁸⁵⁰ DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, Pág. 120

⁸⁵¹ Artículos 31 a 40 inclusive, el artículo 40bis, también incluido en este capítulo se refiere a la regla de los tres pasos, que veremos próximamente.

⁸⁵² Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

⁸⁵³ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 75.

⁸⁵⁴ GARROTE habla Indistintamente de excepciones o limitaciones; Yo prefiero usar entre el término “limitaciones” ya que, aparte de ser el que utiliza la LPI, La concepción jurídica del término limitación lleva intrínsecamente aparejada una interpretación restrictiva. No obstante, en derecho anglosajón se utiliza exclusivamente el término “*exception*”.

opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”. Este derecho fundamental funcionaría como un elemento delimitador intrínseco del Derecho de Autor, puesto que lo que se protege por este es la forma en que se expresan las ideas, pero no las ideas en sí mismas. En el artículo 10.1 de la LPI se reconoce que el objeto de protección de la propiedad intelectual son “...*todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...*”. Por tanto se enumeran la originalidad de la obra (es decir, la originalidad de la forma que adopte la idea, pensamiento u opinión), y su expresión por un medio (su fijación) como requisitos imprescindibles para que se proteja legalmente esta. La LPI no menciona expresamente en su articulado qué los hechos y las ideas quedan fuera o no representan el objeto de protección del Derecho de Autor, como si lo hace por ejemplo la Ley americana sobre copyright^{855 856 857}.

Así, el artículo 20.1. a) no actúa sólo como elemento delimitador del objeto del Derecho de Autor, sino que es fuente directa de algún otro límite a los derechos de explotación del autor recogido en la LPI, como por ejemplo el límite de parodia de artículo 39 de la LPI⁸⁵⁸; aunque, en relación con el límite de copia privada, podemos señalar sin temor a equivocarnos que este no encuentra ningún fundamento en este artículo, puesto que como señala LÓPEZ MAZA “*el impedir la copia privada en el entorno online no supone ninguna restricción a la libre difusión de los pensamientos, ideas y opiniones, pues estos no son, en ningún caso, objeto de propiedad intelectual*”⁸⁵⁹.

⁸⁵⁵ “En ningún caso la protección derivada del copyright a una obra de autoría original se extiende a cualquier idea, procedimiento, proceso, sistema, método de operación, concepto, principio, o descubrimiento; sin que importe la forma en la cual este se encuentre descrito, explicado, ilustrado, o plasmado en dicha obra”. “In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work”. 17 USC §102 (b). (Traducción del autor).

⁸⁵⁶ Para un amplio estudio sobre este punto, y sobre las relaciones entre copyright y libertad de expresión en los EE.UU. v. BENKLER, YOCHAI, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, New York University Law Review, Vol. 74, 1999.

⁸⁵⁷ Aunque algún periodista desinformado se atreva a aseverar sin sonrojarse que la propiedad intelectual no es propiedad porque representa un “monopolio sobre las ideas”

⁸⁵⁸ Art. 39 LPI: Parodia. No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.

⁸⁵⁹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 299. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 71.

No obstante, el Dictamen del Consejo de Estado Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013 de 11 de noviembre de 2013 sobre el Anteproyecto de Reforma de la LPI realiza la siguiente apreciación a estos efectos:

“Ciertamente resulta difícil vulnerar o restringir la libertad de expresión cuando se defiende, precisamente, a los creadores de los contenidos, en definitiva, a los titulares del derecho a la propiedad intelectual, si tenemos en cuenta que este tipo de propiedad se integra por los derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, ex artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual. Y recordemos que el derecho a la producción, creación artística, científica y técnica, reconocido y protegido por el artículo 20.1.b) de la CE, no es sino una "concreción del derecho --también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo-- a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones" (STC 153/1985, de 26 de noviembre)”.

El artículo 20.1. c) de la CE proclama el derecho a la libertad de cátedra, asimismo recogido en el artículo 27 de la CE, que también es fuente de alguno de los límites a los derechos de explotación que podemos encontrar en la LPI, como por ejemplo de los límites sobre cita e ilustración de la enseñanza que se encuentran en el artículo 32 de la LPI ⁸⁶⁰. Además, estos límites encontrarían otra fuente constitucional en el artículo 27 de la CE, que reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos a la educación.

En cuanto al artículo 20.1.d) de la CE, que proclama la protección constitucional del derecho fundamental a la información, es probablemente el de mayor importancia en una sociedad democrática, y lógicamente en muchas ocasiones actúa como límite del Derecho de Autor. El artículo 33 de la LPI establece los necesarios límites a los derechos de explotación requeridos por el Derecho Fundamental de Libertad de Información; derecho que está íntimamente relacionado con la libertad de expresión. Para LOPEZ MAZA dentro de los límites derivados del derecho a la información que operan sobre el Derecho de Autor podemos distinguir tres categorías: (a) los

⁸⁶⁰ Que se modifican en el PMLPI 2014, aunque no vamos a entrar en este punto.

derivados del acceso a la información de actualidad; (b) los derivados de las actividades de los centros de enseñanza o instituciones culturales; y (c) el uso de la información como objeto cultural⁸⁶¹. Mientras los dos primeros no guardan relación alguna con el límite de copia privada, en el tercero para este autor habría que realizar un distingo entre lo que es mera información y entre una obra o prestación protegida por el Derecho de Autor⁸⁶². O lo que es lo mismo, no sería lo mismo la reproducción y comunicación no autorizada de un tráiler, o una escena de una película a efectos de informar sobre su estreno, o sobre el hecho de que haya sido galardonada en un certamen cinematográfico, o que haya causado una controversia social. Todos estos usos estrictamente no autorizados por el titular de derechos sobre la obra se encuentran protegidos como legítimos con base al derecho a información de los ciudadanos, y a la correlativa libertad de información de los medios de comunicación; pero no así la reproducción, distribución o comunicación pública no autorizada de la misma película a efectos de su uso y disfrute en términos artísticos o de entretenimiento por el usuario. Esta última clase de reproducción evidentemente, si se hallara protegida por algún límite, en ningún caso derivaría este del derecho constitucional a la información.

El artículo 20.4. de la CE establece que los derechos y libertades del artículo 20.1 tienen su límite en *“el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”*. Este derecho de intimidad se reconoce además en el artículo 18.1 de la CE. Además el artículo 18.3 reconoce el secreto de las comunicaciones, y el artículo 18.4 de la CE explícitamente señala que: *“La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*⁸⁶³. Como hemos apuntado más arriba, el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones sí que es relevante (y mucho) en cuanto a la persecución del uso de tecnologías P2P para el intercambio de archivos. De hecho, SÁNCHEZ ARISTI entiende que la imposibilidad

⁸⁶¹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág. 37.

⁸⁶² LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Ídem.

⁸⁶³ Este artículo se desarrolla por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

fáctica de control de la realización de copias por parte de los titulares de derechos sobre una obra, es en realidad una imposibilidad jurídica, derivada del propio derecho a la intimidad ⁸⁶⁴ .

El derecho a la intimidad resulta en efecto crucial cuando hablamos del límite de copia privada, puesto que el origen primero del límite deriva directamente del conflicto de los derechos de autor con este en la era analógica. Por tanto, esta no es una cuestión nueva. Para LOPEZ MAZA los titulares de derechos de autor siempre han estado interesados controlar lo que sucede con sus obras en el ámbito de intimidad de los usuarios básicamente por dos motivos:

“La prevención de las infracciones a sus derechos, impidiendo la realización de actos que puedan atentar a la explotación normal de la obra o prestación, o que puedan suponer un perjuicio injustificado a sus intereses. Sería una función de prevención.

La localización de los infractores, una vez que la vulneración de derechos de ha producido, con el objeto de conseguir una indemnización por el daño. Sería una función de represión
⁸⁶⁵ “.

El límite de copia privada, como veremos, nació de la confrontación entre el derecho de reproducción y el derecho de los particulares a la protección de la vida privada y de la inviolabilidad del domicilio, y a la imposibilidad de hecho de perseguir violaciones menores del derecho de reproducción realizadas por particulares en su ámbito privado. El límite surgió en 1965 en Alemania como consecuencia de la aparición de los grabadores de casete “domésticos”; es decir, destinados a su utilización por el público, con lo que los particulares podrían desde entonces realizar grabaciones de sonido desde un disco de vinilo a una cinta de casete en su propio domicilio a muy bajo coste. Aunque abundaré en el nacimiento del límite con mayor detenimiento más abajo, me parece relevante apuntar que este nació debido a la imposibilidad de perseguir a los usuarios que realizaran reproducciones de sonido no autorizadas en su propia casa, ya que los domicilios sólo se podrían registrar por autoridad competente, previa autorización judicial debidamente

⁸⁶⁴ SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pag. 14.

⁸⁶⁵ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 38.

motivada ⁸⁶⁶, y está medida excepcional resultaba evidentemente digna de mejor causa. Así, se decidió autorizar estas reproducciones para el uso privado del usuario, y se estableció un sistema para compensar a los titulares de derechos de explotación por su lucro cesante derivado las reproducciones analógicas no autorizadas por ellos, que se hubieran realizado de sus obras en el ámbito estrictamente privado de los usuarios ⁸⁶⁷. Por tanto la inviolabilidad del domicilio se encuentra en la génesis misma del límite ⁸⁶⁸; aunque conviene precisar que estamos hablando de la era analógica, en que la que los soportes utilizados para reproducir las obras eran aun necesariamente físicos, tangibles y corpóreos, y en la que una sola copia no resultaba potencialmente transmisible “*urbi et orbi*”, además de que no existían en principio métodos técnicos para impedir estas reproducciones “domésticas”.

Por el contrario, en el ámbito digital, según nos explica HUGENHOLTZ el concepto mismo de intimidad indudablemente ha variado, siendo así que “*la intimidad desde esta perspectiva, no debe ser entendida como la libertad del usuario de emplear las obras como quiera dentro de esta esfera, sino como el derecho a permanecer este usuario anónimo cuando accede a obras a título personal*” ⁸⁶⁹. Es decir, la intimidad no otorga a los usuarios un derecho a violar la propiedad ajena en su ámbito privado, sino a que este mismo usuario tiene derecho a que los demás no conozcan la lista de obras a las que ha accedido de manera lícita en su ámbito privado, de la misma manera que la lista de las obras a las que un usuario ha accedido mediante préstamo en una biblioteca no ha de ser susceptible de divulgación pública.

La progresiva evolución hacia la incorporeidad en las reproducciones, inherente al mundo digital, lleva también consigo la desaparición progresiva de la imposibilidad de control de las reproducciones no autorizadas realizadas en la esfera privada, sin que se haya de producir una invasión física en la intimidad de los usuarios para realizar tal control, especialmente mediante la

⁸⁶⁶ O en otros casos, como el de delito flagrante, en que en todo caso existe una corroboración judicial motivada a posteriori.

⁸⁶⁷ Artículos 53 y 54 de la UrhG, (la Ley de Derecho de Autor de la entonces República Federal de Alemania, que pervive tras la unificación)

⁸⁶⁸ Y es uno de los cinco argumentos clásicos a favor del límite de copia privada. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 65.

⁸⁶⁹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, JOSE JAVIER, *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 123.

utilización de las, cada vez más “*eficaces*”⁸⁷⁰ medidas tecnológicas de protección. Por ello, la razón práctica inicialmente generadora del límite, que no es otra que la colisión del Derecho de Autor con el derecho fundamental a la intimidad de las personas, también se ha visto afectada por la “*revolución digital*”, ya que dejado progresivamente de ser necesaria una invasión física de la esfera de intimidad más sagrada del usuario (su domicilio o un ámbito de privacidad análogo) para detectar (e impedir) una reproducción no autorizada de su obra en formato digital. Además, tal esfera de privacidad en la Red resulta cuando menos discutible, desde el momento en que en el ámbito digital online, como nos indica la experiencia, las obras se comparten. Por ello, como veremos, determinar de manera precisa lo que sea el uso “*colectivo*”, o incluso “*privado*” a los que se alude en el artículo 31.2 de la LPI entraña cierta dificultad conforme a la redacción actual del artículo.

En la era digital también resulta de sustancial importancia el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, ya que frecuentemente, aunque cada vez menos, las infracciones contra el Derecho de Autor se cometían por la vía de la comunicación interpersonal, comunicación que goza de la máxima protección jurídica. El ejemplo más palpable es el del envío de obras por correo electrónico, puesto que las comunicaciones entre particulares por tal medio se asemejan a las realizadas en el mundo físico mediante correo ordinario o mediante servicios de telefonía, y aquellas comunicaciones se hallarían sujetas a las mismas (amplias) garantías de privacidad que estas; aunque en la vida real este tipo de actividad resulta en estos días residual e irrelevante en la práctica. En cuanto a lo que respecta a las redes P2P, a mi parecer resulta más que dudoso que estas redes en sí, dada su arquitectura y la multiplicidad de emisores-receptores intervinientes en ellas puedan ser consideradas redes privadas. Parece más bien que deberían tener la consideración de redes públicas. En cuanto a la dirección IP, ya sabemos que se trata en términos de arquitectura de la Red de un dato público, aunque otra cosa sería la identidad física del usuario a quien correspondería tal dirección IP.

El tema de la confrontación entre el Derecho de Autor y el derecho a la intimidad fue objeto de una importante Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 29 de enero de 2008. La sentencia PROMUSICAE. Contrariamente a la creencia general el TJUE no falló

⁸⁷⁰ Palabra que pongo entre comillas puesto que, como veremos, el que las medidas tecnológicas de control sean “*eficaces*” es una exigencia legal.

estrictamente que el Derecho de Intimidad deba prevalecer sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual, sino que la Sentencia tiene varios matices. La Sentencia fue dictada a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid; y la cuestión de fondo planteada en ella fue si los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información, y en particular los proveedores de acceso a Internet (TELEFÓNICA), tendrían la obligación legal de facilitar los datos personales de los usuarios a quienes presten tales servicios a los titulares de derechos de explotación en el marco de un procedimiento civil relativo a una presunta vulneración de sus derechos. Es decir; si se podría solicitar a los proveedores de conexión a la Red que “tradujeran” una dirección IP en la identidad real de un usuario que se hubiera reproducido de manera no autorizada obras protegidas por el Derecho de Autor desde una Red P2P⁸⁷¹. En realidad lo que falló el TJUE fue que las Directivas Comunitarias⁸⁷² no obligaban a los Estados miembros para imponer el deber de comunicar datos personales en tal procedimiento civil sobre una vulneración del Derecho de Autor; aunque los Estados miembros podrían establecer en sus respectivos ordenamientos nacionales tal obligación si así lo desearan, y esta sería conforme al Derecho Comunitario⁸⁷³.

En España, el ya derogado artículo 12 de la LSSI prescribía que los proveedores de conexión a Internet, tenían la obligación legal de proporcionar los datos de los usuarios infractores “*para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los jueces o tribunales o del ministerio fiscal que así los requieran*”. La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, como apunta SÁNCHEZ ARISTI, derogó el artículo 12 de la LSSI antes referido, restringiendo aún más la obligación de los prestadores de servicios de conexión de Red en cuanto a suministrar a los titulares

⁸⁷¹ Para una excelente recapitulación y crítica de la Sentencia PROMUSICAE, v. SANCHEZ-ARISTI RAFAEL, *La protección de datos de carácter personal, ¿Un obstáculo para la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital?* [Artículo en Línea], [Fecha de Consulta 29/11/2011], http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo4/139a174_la_proteccion.pdf.

⁸⁷² En concreto se mencionaba tres directivas: La DDASI; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio de 2000, Relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en Particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior; y la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, Relativa a las Medidas y Procedimientos Destinados a Garantizar el Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual.

⁸⁷³ Y algunos estados de la UE así lo han hecho; como por ejemplo el Reino Unido, Francia, Holanda, y Dinamarca.

de derechos los datos que permitieran la identificación de los usuarios que vulneraran derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la Red, ya que tal obligación se limitaría en la nueva Ley a la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves (aquellos castigados con una pena de prisión superior a cinco años) ⁸⁷⁴. Para SÁNCHEZ ARISTI, dado que esta Ley es incluso cronológicamente anterior a la Sentencia PROMUSICAE del TJUE, indica una voluntad clara del legislador español de “*reducir aún más, por no decir eliminar, las posibilidades de los titulares de derechos de propiedad intelectual para obtener la colaboración de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, a fin de identificar a los usuarios indiciariamente infractores*” ⁸⁷⁵. Es decir, la Ley 25/2007 vendría a complementar las tesis de la Circular 1/2006 por la vía legislativa, asegurando que en ningún caso se actuaría contra los usuarios por la realización de reproducciones no autorizadas en línea, a pesar de que se dejara a los titulares de derechos de explotación en una situación procedimental de indefensión jurídica ante la reproducción no autorizada de sus obras en la Red ⁸⁷⁶ (que en el plano de la Ley sustantiva; no olvidemos también se legalizaba de manera indirecta por la Circular, interpretando que estas reproducciones eran copias privadas).

No obstante, según la Sentencia PROMUSICAE, y según la realidad existente en algunos países de nuestro entorno la reforma legal sí que resultaría posible de existir voluntad política. Tal reforma, para autores como SÁNCHEZ ARISTI, resulta de todo punto necesaria:

“...la solución para los titulares de propiedad intelectual afectados por estas explotaciones incontroladas que se llevan a cabo haciendo uso anónimamente de servicios de comunicaciones electrónicas, como es el caso del intercambio de archivos en redes peer-to-peer, pasa por una reforma legislativa, ya sea para, modificando el código penal, tipificar sin ambages la conducta de los file-sharers, ya para, por vía de una reforma de

⁸⁷⁴ SANCHEZ-ARISTI RAFAEL, *La protección de datos de carácter personal, ¿Un obstáculo para la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital*, [Artículo en Línea], [Fecha de Consulta 29/11/2011], http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo4/139a174_la_proteccion.pdf.

⁸⁷⁵ Ídem.

⁸⁷⁶ No obstante, para este autor quedaría el recurso al art. 256.1.7 de la LEC, que señala que “*todo juicio [civil] podrá prepararse (...) mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de diligencias de obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial*”. Aunque la exigencia de la “*escala comercial*” hace que el recurso a este artículo resulte dudoso.

la legislación procesal civil, o de la normativa sobre conservación de datos en las comunicaciones electrónicas y sobre servicios de la sociedad de la información, clarificar que también en el marco de un procedimiento civil por infracción de derechos de autor, tendrán los operadores de acceso a Internet el deber de suministrar, bajo control judicial, los datos personales de aquellos usuarios respecto de los cuales podrá establecerse preliminarmente que han podido cometer una infracción. De estas dos alternativas estimó como más plausible la segunda (...) De no acometerse ninguna de esas reformas, es posible que estemos dejando a los titulares de derechos de propiedad intelectual sin ningún cauce efectivo al cual acudir para contrarrestar las infracciones de las que venimos hablando”

877 878 .

Para APARICIO PÉREZ, se debe a la influencia de teorías de tipo neoliberal y conservador la generalización en las últimas décadas de la idea de que “*el blindaje constitucional de ciertos derechos sociales y de participación había generado una sobrecarga en el sistema político y se había convertido en un obstáculo para la adecuada protección del derecho de propiedad y de la libertad de empresa y, sobre todo para un funcionamiento eficaz de la economía de mercado*”⁸⁷⁹ . Abundar sobre este tema (cuya más básico análisis requeriría no ya de una tesis, sino al menos un millar; y cuyo análisis se escapa de los objetivos en este humilde y conscientemente específico trabajo) requeriría necesariamente introducir asimismo el análisis de las múltiples variables necesarias para su comprensión, y que escapan en muchos casos no ya al ámbito del Derecho de Autor, sino del propio Derecho Constitucional (globalización, países emergentes que compiten en un mismo mercado global sin que sus trabajadores gocen de las mínimas garantías sociales conseguidas hace décadas en occidente, etc.). Ciñéndonos no obstante al tema que nos ocupa, lo cierto es que la tendencia entre los países líderes en la producción y la explotación cultural (y por tanto, los que exportan con mayor éxito la imagen que quieren dar de su propio país), tienden a afrontar los problemas derivados de la revolución digital mediante una política consistente en devolver a los titulares de derechos de propiedad intelectual gradualmente el máximo control sobre la explotación de sus obras. Estos países gozan de una producción cultural equiparable en cantidad

⁸⁷⁷ Ídem.

⁸⁷⁸ Reiteramos que esto es acorde con la legislación vigente, y que el PMLPI acomete una reforma de la LEC que cambia sustancialmente el estado de las cosas en este punto.

⁸⁷⁹ APARICIO PEREZ, M.A., *Manual de Derecho Constitucional*, Edit. Atelier, Barcelona, 2009. Pág. 585.

al de sus máximos históricos. Sin embargo, los países que han intentado maridar conceptos tan extraños entre sí como el principio de facilitación del acceso a la cultura (principio en absoluto desdeñable, pero para el que existen vías que no sabotean a las industrias de contenidos de la que, en nuestros días, depende la producción cultural), como es el caso de España, en donde como sostenemos, se ha intentado crear un régimen más o menos alternativo de explotación de las obras de creación, fuertemente influido por una filosofía legislativa supuestamente “social”, la industria se halla en peligro de su desaparición en la práctica, o de su reducción hasta la insignificancia. No resulta preciso profesar una ideología “neoliberal” o conservadora para observar que el método más efectivo para potenciar la creación cultural, y para facilitar realmente el acceso a la cultura de los ciudadanos no es otro que la protección sin complejos de la industria de contenidos, y que si tal protección no existe, pronto no habrá cultura nueva que merezca tal nombre a la que facilitar el acceso de los ciudadanos. Paradójicamente, siempre nos quedarán las numerosas (y de todo signo político) nuevas aportaciones a la cultura (en todas sus manifestaciones posibles) surgidas de los países que se tachan injustamente de “*neoliberales*” o “*conservadores*” porque en ellos se protege de manera efectiva la propiedad intelectual incluso en la era digital, como es el caso de los EE.UU. En nuestro país, parece que ha llegado la hora de decidir entre dos alternativas: permisividad ante el acceso generalizado gratuito de los usuarios, y desmantelamiento casi total de la industria de contenidos (que paradójicamente convertiría a nuestro país en una colonia cultural precisamente de aquellos países en que se protege de manera efectiva la explotación de las obras de creación de la competencia desleal que representa la piratería); o protección efectiva de los derechos de explotación sobre obras de creación, lo que implicará un lento (desgraciadamente esta se halla demasiado deteriorada), pero progresivo e imparable resurgir de nuestra industria de contenidos. El segundo camino resulta claramente impopular. No cabe duda de que gran parte de la doctrina ultra-ortodoxa en la defensa de la intangibilidad de los derechos sociales (aunque eso sí, ultra-ortodoxa sólo o meramente desde el punto de vista formal) criticará fuertemente la adopción de la segunda alternativa. Son precisamente los que cegados por su dogmatismo aquellos que difícilmente llegarán a entender aquello que explicaba MOOR: que la única forma de afrontar con garantías de éxito los problemas derivados de la revolución digital es “*la investigación empírica de las consecuencias de hecho de las políticas propuestas*”⁸⁸⁰. Es por ello, que ya en la segunda

⁸⁸⁰ MOOR, JAMES H., *Reason, Responsibility, and Responsibility in Computer Ethics*, Computers & Society, Vol. 28, 1998, Pág 14–21.

década del S.XX, tanto en los EE.UU., como en la UE se ha apostó de manera consciente por devolver a los titulares de derechos de autor el control efectivo sobre la explotación de sus obras, y proteger con dureza si fuera preciso tal explotación. Esta dirección política no se adoptado en el vacío, sino tras constatar el fracaso estrepitoso de la reducción a la práctica de soluciones alternativas bellas pero impracticables, inspiradas por parte de la doctrina revisionista. En este sentido, no puedo más que alabar el intento de endurecimiento de la legislación antipiratería que se está intentando reducir a la práctica en España en estos momentos, parece que por fin de forma valiente y competente; aunque aún queda por ver cual terminará siendo el resultado final de este intento de devolver a nuestro país al buen camino en materia de protección del Derecho de Autor.

Y es que no podemos olvidar que existe la errónea percepción en gran parte de la sociedad, alimentada por ciertos análisis doctrinales, de que por ejemplo el artículo 44.1. de la CE es un derecho fundamental, cuyo rango constitucional resultaría equiparable, por ejemplo, al Derecho a la Información. No obstante, parece claro que su ubicación sistemática en el marco de la Constitución Española ha de llevar de manera manifiesta a conclusiones distintas. Uno de los mitos más extendidos entre los internautas es pensar que existe un derecho natural (“*ex Deo*”, cuando en realidad este supuesto derecho es “*ex nihilo*”) a usar todo el contenido protegido por Derecho de Autor que existe en Internet sin compensar a los autores, amparado por un supuesto derecho de acceso ilimitado y gratuito a la cultura que a día de hoy no existe en España, de acuerdo con la legislación y jurisprudencia actuales. A pesar de las numerosas campañas publicitarias que se han hecho para concienciar a los ciudadanos sobre el respeto a los derechos de autor, esta percepción errónea persiste; lo cual no es de extrañar puesto que “*de facto*” no se persiguen las infracciones al Derecho de Autor en la Red. En Internet los ciudadanos españoles pueden actuar como si tal “*derecho fundamental a la cultura*” efectivamente existiera. De ahí que sean necesarias medidas radicales e impopulares para revertir la situación, puesto que a mí entender se ha traspasado hace ya tiempo un punto de no retorno. Uno de los problemas mayores del Derecho de Autor en la era digital es que mientras que el derecho de propiedad intelectual es extraordinariamente complejo y difícil de explicar, sus efectos prácticos afectan a prácticamente todo el mundo en la sociedad de la información, tal y como explicaba LESSIG. La complejidad de la norma sobre Derecho de Autor se presta a que una gran parte de los medios de comunicación, con su uso frecuentemente partidista y de demagógico de este tema, cuando no producto de una

profunda desinformación, no hacen sino reafirmar a los ciudadanos en la idea que los contenidos culturales en España se pueden disfrutar en la Red en régimen de comuna ⁸⁸¹ .

Volviendo al artículo 44.1. de la CE, este promulga el siguiente principio:

“Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”.

Por tanto, coincido absolutamente con DÍEZ PICAZO cuando señala muy acertadamente que *“En realidad, la obligación de los poderes públicos es doble: por un lado deben procurar que ninguna persona capaz e interesada deje de incorporarse al círculo de creadores culturales; por otro, deben velar para que todas las personas puedan disfrutar del mayor número de bienes culturales posibles. El Estado, por tanto, debe promocionar la creación y difusión de la cultura, protegiendo también la libertad cultural”* ⁸⁸² . Entonces, lo que el Estado ha estado haciendo (y casi consigue) al desbaratar las industrias de contenidos con su legalización de hecho de la piratería a través de la utilización irresponsable del límite de copia privada ha sido precisamente lo contrario a promover el derecho a la cultura ⁸⁸³ .

Aunque el artículo 44 se encuadra tanto material como sistemáticamente entre los principios informadores de la CE (otros autores lo califican como un derecho de prestación, que como tal exige una acción positiva previa de los poderes públicos ⁸⁸⁴), podríamos encuadrar entre los límites a los derechos de explotación derivados del carácter informador de la legislación que tiene este artículo aquellos contenidos en los artículos 37 y 40 de la LPI, que declaran los límites de

⁸⁸¹ No es infrecuente escuchar a periodistas de prestigio denostar el Derecho de Autor y la propiedad intelectual, explicando que Internet es un nuevo modelo de negocio, y que los propietarios de derechos de autor deben adaptarse a los nuevos tiempos, y acostumbrarse a buscar nuevas fuentes de financiación por su trabajo, como merchandising, touring, etc. Cinco minutos más tarde el mismo periodista alegremente y sin ningún rubor recomendará la compra de su último libro, en soporte físico de toda la vida, faltaría más. Desgraciadamente el compartir ilícitamente archivos que contengan obras literarias ya está también a la orden del día. De hecho, por su propia naturaleza, pronto serán las únicas obras que se compartan y que se posean en un soporte por los usuarios, puesto que excepto en el caso de los audiolibros, no es más cómodo para el usuario consumirlas vía *streaming*.

⁸⁸² APARICIO PEREZ, M.A., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009. Pág. 807.

⁸⁸³ Y aquí me remito a donde explico que el desmantelamiento de la industria de contenidos provocada en gran medida por los norteamericanos denominarían como *“misuse”* del límite ha provocado que nunca más que hoy sido más difícil vivir de una actividad artística literaria quizá en los últimos dos siglos. Ver Pág. 195 y ss.

⁸⁸⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, JOSE JAVIER, *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 123, citando a J. PRIETO DE PEDRO, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (dir. O. ALZAGA), Tomo IV – Artículos 39 a 55 -, 1º ed., Madrid, 1996, Pág. 212.

reproducción, préstamo, y consulta sobre las obras en establecimientos tales como bibliotecas, filmotecas y similares, así como el del derecho de las administraciones públicas de compeler a los derechohabientes “*mortis causa*” del autor a permitir el acceso al público de la obra, en caso de que estos se nieguen injustificadamente. SATRÚSTEGUI entiende que “*la obligación de los poderes públicos de promover el acceso a la cultura (artículo 44.1), que justifica la existencia de servicios públicos de naturaleza cultural (bibliotecas, museos, auditorios, etc.), la política de gratuidad o de precios subvencionados para la utilización de los mismos, así como acciones de fomento en el mercado de los bienes culturales (por ejemplo en el aspecto fiscal)*”⁸⁸⁵. Resulta cierto que en ocasiones el derecho a la cultura ha prevalecido judicialmente ya no sólo sobre los derechos patrimoniales con fundamento en el artículo 33 de la CE, sino incluso sobre los derechos morales con base en el artículo 20.1 b) de la CE. No obstante, tal cosa sucede raramente, y cuando lo ha hecho no existían alternativas en la práctica; es decir, o se saltaba sobre el derecho fundamental, o la sociedad se vería privada de la obra en su totalidad. Así, el artículo 40 de la LPI prescribe que “*Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo*”. ESTEVE explica estas consecuencias prácticas de esta norma: “*El juez podrá ordenar la divulgación de una obra una vez fallecido el autor a petición de cualquier persona natural o jurídica que demuestre un interés legítimo, a pesar de que el titular o titulares del derecho sobre su divulgación se opongan a ello. Esta facultad del Juez prevalecería incluso en el supuesto de que el autor hubiera manifestado expresamente en actos de última voluntad su deseo de que no se divulgara la obra, siempre que el Juez aprecie en el caso concreto que prevalece el derecho a acceder a la cultura sobre el interés personal del autor*”⁸⁸⁶. No obstante, hay que señalar que en este caso no existe ninguna alternativa práctica, y habiéndose agotado la vida del autor más 70 años, de no mediar intervención judicial la sociedad se vería privada de esa obra. En todos los demás casos, y

⁸⁸⁵ SATRÚSTEGUI, MIGUEL (LÓPEZ GUERRA et al.) Derecho Constitucional, Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 9ª Edición, 2013. Pág. 401.

⁸⁸⁶ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN. «Los derechos morales del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”. Valencia, Tirant lo Blanch. 2009. Pág. 123.

especialmente en el de límite de copia privada, no es solo que existan alternativas para que los ciudadanos accedan a la obra; es que normalmente es el propio Estado el que arbitra tales alternativas (bibliotecas públicas, etc.)

En todo caso, la respuesta definitiva y concluyente a la pregunta de si el límite de copia privada deriva del derecho de acceso a la cultura de los ciudadanos habrá que buscarla extramuros de la CE; es decir, en la Ley y en la jurisprudencia. Obviamente, el contenido del principio contenido en el artículo 44.1. de la CE es por su propia naturaleza impreciso, lo cual obliga aún más a buscar sus múltiples concreciones fuera de la propia CE. En este sentido el TC ha fallado que “...*en esta materia de “cultura”, donde la terminología utilizada en el bloque constitucional está impregnada de la amplitud y generalidad propia de este término, derivada de las consecuentes imprecisiones conceptuales y dificultades prácticas para establecer ámbitos competenciales excluyentes,...*”⁸⁸⁷

El acceso a la cultura de los sectores más económicamente desfavorecidos de la sociedad se encuentra garantizado por el Estado mediante la existencia de las instituciones públicas que tienen este objeto, y que se encuentran subvencionadas por este, como por ejemplo las bibliotecas⁸⁸⁸. El muy loable objetivo de facilitar el acceso a la cultura a los sectores de la sociedad más castigados económicamente no significa dar un acceso ilimitado a todas las obras, obviando el Derecho de Autor. Es más, la abolición de hecho del Derecho de Autor significa además facilitar el acceso gratuito a las obras incluso a los sectores más pudientes de la sociedad, que si se pueden permitir pagar por tal acceso. Aun diría más, es discutible el valor cultural en sentido estricto de la mayoría de las obras que circulan libremente por Internet. Si uno mira a la lista anual de películas más descargadas, se encontrara con que en los primeros lugares se encuentran indefectiblemente productos de la industria americana del entretenimiento⁸⁸⁹, y lo mismo ocurre con las obras musicales. Sin querer (líbrenos Dios) señalar qué es cultura y qué no lo es, lo que de hecho se está haciendo es precisamente desincentivar a los creadores y hacer quebrar a la industria; pero no a

⁸⁸⁷ STC 84/1983 de 24 de octubre.

⁸⁸⁸ Autores como GARROTE, parecen estar de acuerdo con lo básico de mi argumentación. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», *pe. i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002. Págs. 64-66.

⁸⁸⁹ Denominación común en los EE.UU., y es que es sano llamar a las cosas por su nombre.

los de EE.UU., ni a la industria del entretenimiento americana, que goza de excelente salud ^{890 891}; sino a la industria nacional, que sí es expresión de nuestro acervo cultural, que sí que ha sufrido un duro golpe en los últimos años, y que de seguir así las cosas se verá reducida a la mínima expresión, debido a la falta de viabilidad económica. Por otra parte, como muy acertadamente señala CARBAJO GASCÓN, “*no puede afirmarse que el acceso a la cultura tenga que ser gratuito, máxime cuando se alcanza un estado avanzado de capitalismo cultural como el que supone la sociedad de la información o del conocimiento, donde las creaciones intelectuales se convierten en uno de los principales objetos de tráfico económico*” ⁸⁹².

En cuanto al límite de copia privada según GONZÁLEZ DE ALAIZA, podría derivar del interés público que tiene el acceso a la cultura, lo cual comportaría consecuencias tanto negativas como positivas. Las positivas son que los sectores más desfavorecidos de la sociedad tendrían un acceso a la cultura más viable, ya que se abarataría lógicamente el acceso a las obras al eliminar el coste derivado de remunerar debidamente a los titulares de derecho. La negativa sería que al carecer de incentivo económico, los creadores dejarían de crear ⁸⁹³. Para GARROTE, aunque puede ser cierto en abstracto que gracias a la copia privada exista una mayor accesibilidad a las obras, “*no significa, sin embargo que deba darse a la excepción de copia privada un supuesto fundamento constitucional, en atención a la promoción de la cultura como valor de interés general [...] la copia privada tiene una lógica propia basada en cuestiones prácticas*” ⁸⁹⁴. Además este autor nos recuerda que los límites al Derecho de Autor, y especialmente el de copia privada “*únicamente entran en juego cuando se ha accedido a la obra legítimamente*” ⁸⁹⁵.

En todo caso, el TS ha decidido de manera tajante sobre este tema, afirmando sin ambages que el límite de copia privada no deriva en ningún caso del derecho de acceso a la cultura:

⁸⁹⁰ Muchos, entre los que me encuentro, piensan que esto es debido a la mayor protección que a los derechos de propiedad intelectual se da en dicho país.

⁸⁹¹ Lo que desmontaría el falaz argumento de que el que se pretenda reforzar la protección de los derechos de autor en Internet es una imposición de la industria americana del entretenimiento a través de la embajada de EE.UU. En Madrid.

⁸⁹² CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual), núm. 16, 2004. Pág. 46.

⁸⁹³ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, JOSE JAVIER, Op. Cit. Pág. 126-127.

⁸⁹⁴ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 71.

⁸⁹⁵ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», *pe. i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002. Pág. 66.

“Así queda visto que el límite del art. 31.2º de la LPI no responde a ningún interés general como pueda ser el acceso a la cultura o el incremento del acervo cultural nacional. Son precisamente este tipo de intereses los que justifican el resto de los límites previstos en el Título III de la Ley de Propiedad Intelectual, pero no el límite que nos ocupa. Es más, son dichos intereses generales y superiores los que configuran la propiedad intelectual como una propiedad tan especial sujeta a límites y duración.

Como la “copia privada” no encuentra justificación en ningún interés general, la interpretación sobre que copias tienen la consideración de ser para uso privado del copista ha de ser, si cabe, más restrictiva que la de cualquier otro límite” ⁸⁹⁶ .

Las mismas consideraciones cabe hacer, “*mutatis mutandis*”, sobre los principios informadores que promueven la obligación de los poderes públicos de promover el desarrollo cultural de los jóvenes del artículo 48 de la CE, y de la promoción del acceso a la cultura de la tercera edad del artículo 50 de la CE.

Otro de los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III de la CE, que convendría repasar por su posible relación con el límite de copia privada es el relativo a la defensa de los consumidores y usuarios contenido en el artículo 51 de la CE, que reza lo siguiente:

“Artículo 51 CE.

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.

⁸⁹⁶ STS 4505/2007 de 8 de junio de 2007, Pag. 21.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”

Para el profesor APARICIO, “*este precepto establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de los mismos, así como su obligación de promover la información y educación de los consumidores, fomentar sus organizaciones y oírlos en las cuestiones que les puedan afectar*”⁸⁹⁷. No obstante, y tal y como se subsume del propio artículo, y de su ubicación en la CE, esta defensa de los consumidores y usuarios, al igual que la promoción y defensa de la cultura, requiere necesariamente de desarrollo legal. La Ley que desarrolla este artículo es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

La relevancia de esta Ley para el tema que nos ocupa responde a un supuesto de hecho muy determinado: la utilización de medidas tecnológicas de protección de Derecho de Autor⁸⁹⁸ en soportes digitales para impedir su reproducción no autorizada por parte de los usuarios. Se ha dicho que estas medidas tecnológicas que impiden la copia privada en mayor o menor medida, podrían convertir el producto en defectuoso.

Como veremos en su momento, es fundamental para nuestro trabajo diferenciar entre tres tipos o modelos de explotación de la obra, de acuerdo a como se ha producido su fijación en un soporte, ya que las consecuencias a las que llegaremos respecto del límite de copia privada al derecho de reproducción sobre una obra, depende en gran medida en que tipo de soporte está fijada dicha obra. Así, podremos diferenciar: (a) Las obras fijadas en un soporte material analógico (por ejemplo un casete que contenga un álbum de Antonio Vega, o una cinta de VHS que contenga una película); (b) Las obras incorporadas en soportes digitales físicos (por ejemplo, un CD que contenga un álbum de Antonio Vega, o un DVD que contenga una película), o que se pongan a disposición del público en Internet sin el acompañamiento de un contrato de licencia online (un álbum de Antonio Vega en formato MP3 comprado en la tienda de iTunes). (c) las obras que se pongan a disposición

⁸⁹⁷ APARICIO PEREZ, M.A., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009. Pág 782.

⁸⁹⁸ También llamadas dispositivos anticopia, o “Digital Rights Management” (DRM) en idioma inglés. En este trabajo, utilizaré fundamentalmente la acepción medidas tecnológicas.

del público, que se comercialicen de forma interactiva a la carta mediante una licencia o un contrato online (una canción de Antonio Vega escuchada a través de SPOTIFY, o una película visionada a través del servicio interactivo de NETFLIX, vía “*streaming*”).

Sin entrar a fondo en el asunto en este apartado, puesto que también haremos un análisis más exhaustivo en el dedicado a las medidas tecnológicas, diremos que las obras explotadas mediante el tercer método, es decir a través de la Red, se comercializan normalmente por medio de licencias de uso a los adquirientes de la obra. A estas licencias, que obviamente son contratos, se les aplica el artículo 161.5 de la LPI, por lo que regiría la autonomía de la voluntad y no se les aplicaría en principio el límite de copia privada.

Por lo que respecta a las obras fijadas en un soporte material digital, o en un soporte inmaterial que se comercialicen fuera del ámbito de Internet en las que se han incluido medidas tecnológicas que impidan a los usuarios hacer una copia, la doctrina parece coincidir en que no constituyen un producto defectuoso. El artículo 116.1 b) del TRLGDCU, sobre conformidad de los productos con el contrato, señala que los productos comercializados se considerarán no defectuosos mientras que “*sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo*”. GARROTE piensa (y me adhiero a su tesis) que puesto que el disfrute ordinario que se hace de tales obras consiste principalmente en el visionado o audición que se hace de las mismas, pero no en su copia para uso privado, no se las debería considerar productos defectuosos de acuerdo con la Ley ⁸⁹⁹.

Además el mismo artículo 116.1, en su letra d), hace depender también la aptitud comercial del producto en cuestión de que en él éste presente “*la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado*”. GARROTE ⁹⁰⁰, así como MARIN LOPEZ ⁹⁰¹, coinciden en

⁸⁹⁹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 175-76.

⁹⁰⁰ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, Op. Cit. Pág. 176.

⁹⁰¹ MARÍN LOPEZ, JUAN JOSÉ, *La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección, pe.i (Revista de Propiedad Intelectual, núm. 20)*, 2005, Pág. 14-15.

que existiría una falta de coherencia interna en el ordenamiento jurídico español, si se aceptara que la inclusión de las medidas tecnológicas convirtiera el producto en defectuoso, ya que tales medidas están aceptadas y reguladas en la LPI, que es por supuesto asimismo parte del ordenamiento que regula la materia.

Sobre si existe la necesidad legal de informar a los consumidores sobre la existencia de medidas tecnológicas en los soportes digitales comercializados en el mercado, la doctrina parece estar de acuerdo en que si estas medidas tecnológicas impiden el uso o disfrute de la obra en ciertos reproductores los consumidores deben ser advertidos conspicuamente de ello, normalmente en la carátula del producto de acuerdo con el artículo 18 del TRLGDCU. No obstante, si lo que impiden las medidas tecnológicas es la realización de una copia privada, en principio no existe la obligación de informar, puesto que la posibilidad de servir como modelo o patrón para la realización de copias privadas no es una característica esencial del producto de acuerdo con el artículo 18 del TRLGDCU o una prestación que el consumidor pueda fundadamente esperar, según el artículo 116 d) del mismo texto legal ⁹⁰².

Por ello, parece más que claro que el límite de copia privada no tiene ninguna raíz constitucional directa, y por tanto, su eventual eliminación (al menos en lo que se refiere al ámbito digital, que es donde ha perdido su razón de ser primigenia) de nuestro Ordenamiento Jurídico no conllevaría el menor problema de índole constitucional. El límite de copia privada está basado en motivos simplemente coyunturales, y aunque en el momento en que se ideó no se imaginara por parte del legislador alemán que tanto la situación de hecho que vino a remediar (la realización de reproducciones analógicas en la intimidad del domicilio de los usuarios), como las consecuencias derivadas de tal situación (la imposibilidad de control de la realización de reproducciones en el ámbito privado de los usuarios por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual, el fallo de mercado que la realización de tales reproducciones implicaba o acarrearía ⁹⁰³) fueran provisionales (no permanentes en el tiempo, ya que tanto el problema como su solución dependen del avance de la tecnología), lo cierto es que la tecnología digital (especialmente las medidas tecnológicas de control) ha alterado totalmente el escenario, eliminando tanto la situación de hecho

⁹⁰² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 178-79.

⁹⁰³ Para un análisis más amplio de estos dos motivos ver Pág. 566 y ss. de este mismo trabajo.

generadora del límite entonces, como las consecuencias derivadas de ella. Al no existir trabas de índole constitucional que lo impidan, la deseable eliminación del límite de copia privada de la LPI resulta además constitucionalmente posible.

1.4 **El encaje del límite de copia privada en la Constitución Española de 1978 (iv). Posible influencia de la función social de la propiedad sobre el límite de copia privada.**

Una vez dilucidadas tanto la fuente constitucional del Derecho de Autor, de los derechos patrimoniales o de explotación derivados de él, y del derecho de reproducción por un lado; como la inexistencia de motivos de orden constitucional que impidan la eventual eliminación del límite de copia privada (los dos motivos que señalábamos justifican sobradamente este capítulo, me gustaría ir un paso más lejos y comprobar si el límite de copia privada (al menos como se ha venido aplicando en España en el ámbito digital) lesiona el contenido esencial del Derecho de reproducción. Recordemos que este es el tercer motivo que aducíamos justifica este capítulo, concretamente señalábamos que resultaba fundamental determinar la naturaleza jurídica del Derecho de Autor para deducir cual es el “*contenido esencial*” de este derecho, ya que dependiendo de cuál fuere este “*contenido esencial*” podríamos analizar si la aplicación del límite de copia privada lo lesiona. Como sabemos el derecho de reproducción emana del derecho de propiedad del artículo 33 de la CE, con lo que habremos de analizar cuál es el “*contenido esencial*” de este derecho, y si el límite de copia privada se podría considerar como justificado en un Estado Social y Democrático de Derecho por cuenta de su función social. Para el profesor PÉREZ ROYO el derecho de propiedad aún sigue resultando fundamental para nuestra organización política y social, y la división que se realiza en la CE entre los derechos incluidos en la Sección I y la Sección II del Capítulo 2º no modifica tal verdad. Así, nos explica este autor que “*Los derechos reconocidos en la Sección 2ª son tan importantes como los de la Sección 1ª y sin ellos, nuestra forma de organización de la convivencia no sería la que es. Sin el derecho de propiedad nuestra sociedad y nuestro estado serían literalmente ininteligibles. Posiblemente, por no decir que sin duda, no ha habido ningún derecho que haya tenido tanta influencia en la génesis de la sociedad civil y del Estado Constitucional como el derecho de propiedad. En la teoría política y constitucional de la segunda mitad del XVII y XVIII el concepto de propiedad es el concepto síntesis que engloba a todos los demás derechos. La libertad es una derivación de la propiedad y no a la inversa. En el*

día de hoy el derecho de propiedad sigue siendo el centro de gravedad de nuestra organización social y política. De manera distinta; pero no menos decisiva” ⁹⁰⁴.

Como hemos visto, el artículo 33.1 de la CE garantiza el derecho a la propiedad privada, y como propiedad (propiedad intelectual) se caracteriza el Derecho de Autor en el CC español, si bien es esta una forma de propiedad que goza de ciertas características especiales ⁹⁰⁵. Pues bien, el artículo 33.2 de la CE matiza el carácter absoluto del Derecho de Propiedad, apuntando a que *“la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes”*. Para LÓPEZ MAZA, el segundo punto del artículo 33 se ha de leer en el sentido de que la propiedad *“desempeña no solo una función individual para el dueño, sino también una función social para la sociedad en general. Implica que el bien tiene además un valor protegible para la colectividad (para los no dueños) y, por tanto, para el conjunto de los ciudadanos actuales y futuros”* ⁹⁰⁶. Como señala DIÉZ-PICAZO, la idea de la función social de la propiedad, proviene originariamente de la doctrina social de la iglesia, y se encuentra asimismo ligada a la prevención del llamado abuso de derecho, y del ejercicio antisocial de este derecho; es decir, *“los actos realizados con el fin de perjudicar a otro y sin propia utilidad”* ⁹⁰⁷. Con anterioridad a la inserción en las Constituciones Europeas de la función social de la propiedad, se daba lo que DIEZ-PICAZO denomina como *“sistema absolutista de propiedad”*. Explica este autor este concepto:

“En el sistema absolutista de la propiedad, propio de la tradición liberal, determinar el destino económico del bien era obra de la individual acción del propietario. Un propietario puede destinar su finca o heredad a fines agrícolas, o forestales, a coto de caza o a actividades de puro solaz y recreo. Puede tener o no tener en cuenta la inserción de su propiedad en un conjunto histórico-artístico o en un conjunto paisajístico. La

⁹⁰⁴ PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional (Duodécima Edición)*. Marcial Pons, Madrid 2010, Pág. 429. .

⁹⁰⁵ El CC integra la propiedad intelectual entre otras propiedades especiales en su Libro II, Título IV.

⁹⁰⁶ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 98. Cit. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Artículo 2*, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coor. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2007, p. 35.

⁹⁰⁷ DIÉZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*, Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor García de Enterría, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991. Pág. 1267.

*cláusula de la función social permite la intervención legislativa en el destino económico y la decisión de este destino en cualquiera de las líneas antes reseñadas”*⁹⁰⁸.

Del mismo modo, y circunscribiéndonos a la propiedad intelectual o Derecho de Autor; bajo un sistema absolutista de propiedad⁹⁰⁹, un autor podría negarse⁹¹⁰ a que sin su autorización sus obras se citaran o reprodujeran con fines didácticos en un centro educativo (límite del artículo 32 de la LPI⁹¹¹); que se reprodujera su obra por parte de un medio de comunicación con fines informativos directa o incidentalmente (límites del artículos 33⁹¹² y 35⁹¹³ de la LPI); o a que se reprodujera

⁹⁰⁸ Ídem.

⁹⁰⁹ Para quien busque un magnífico análisis del Estado Liberal, el Estado Social y Democrático de Derecho, y la historia de su inclusión en los ordenamientos constitucionales europeos, ver ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 4ª Edición, 2003, Págs. 42-133.

⁹¹⁰ No entramos aquí en los derechos morales emanados del artículo 20.1 b) de la CE, bajo los cuales, efectivamente sigue rigiendo un sistema absolutista sobre la propiedad, y el autor podría retirar la obra del mercado, o negarse directamente a difundirla; aunque esto supusiera efectivamente un perjuicio para la sociedad (pensemos, por ejemplo en SALINGER, del cual se da por seguro existe una obra ingente no publicada en vida, con el consiguiente perjuicio para el bien común; puesto que sus admiradores no hemos podido disfrutar de estas obras, al menos hasta ahora).

⁹¹¹ Artículo 32 de la LPI: “Cita e ilustración de la enseñanza: 1. Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.

2. No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.

No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo”.

⁹¹² Artículo 33 de la LPI. “Trabajos sobre temas de actualidad: 1. Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa.

Cuando se trate de colaboraciones literarias será necesaria, en todo caso, la oportuna autorización del autor.

2. Igualmente, se podrán reproducir, distribuir y comunicar las conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, siempre que esas utilidades se realicen con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad. Esta última condición no será de aplicación a los discursos pronunciados en sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas. En cualquier caso, queda reservado al autor el derecho a publicar en colección tales obras”.

⁹¹³ Artículo 35 de la LPI. “Utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad y de las situadas en vías públicas: 1. Cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos

asimismo esta con el objeto de parodiarla o criticarla (límite del artículo 39 de la LPI ⁹¹⁴). No obstante, no es baladí reseñar que en todos estos usos no autorizados de la obra existe una base axiológica reconocible y de peso; tanto peso como el que les confiere emanar de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 27, o 20.1 a) y d) de la CE. Amén de que son todos ellos límites que no dañan en principio el contenido esencial del derecho de propiedad ⁹¹⁵.

Por su parte, el profesor APARICIO analiza el derecho de propiedad en el marco de la CE que *“Sin embargo, lejos de su concepción liberal como derecho ilimitado, éste se reconoce en la Constitución con un contenido que vendrá modulado por su función social [...] La ubicación de este derecho en la sección segunda de del capítulo II del título I pone de relieve la voluntad de constituyente de no otorgar a los derechos patrimoniales el máximo grado de protección constitucional, de modo que el derecho a la propiedad queda protegido por las garantías que establece el artículo 53.1 de la Constitución”* ⁹¹⁶. Finalmente, la STC 37/1987, de 26 de marzo señala expresamente que: *“La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir”*

La propiedad intelectual tendría incluso una función y un valor social de aún mayor relevancia que la propiedad real, si cabe, puesto que (como reconoce de manera explícita la Constitución Americana) su protección se fundamenta en términos del *“contrato social”* por la aportación que el objeto de tal protección, las obras de creación, realizan al desarrollo de la sociedad en su conjunto ⁹¹⁷. Para GARROTE, esta función social de la propiedad ya *“estaba presente en la mente*

de la actualidad puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa.

2. Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales”.

⁹¹⁴ Artículo 39 de la LPI. *“Parodia: No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor”*.

⁹¹⁵ O, en términos de Derecho de Autor, no van contra la *“regla de los tres pasos”*, test o examen que analiza si un acto determinado va en contra del *“contenido esencial”* de la propiedad intelectual o Derecho de Autor.

⁹¹⁶ APARICIO PEREZ, M.A., *Manual de Derecho Constitucional*, Edit. Atelier, Barcelona, 2009. Pág. 799.

⁹¹⁷ El artículo 8, sección 8, clausula 8 de la Constitución Americana, señala que el Congreso tiene el poder de *“promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”* (*“promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando por*

del legislador cuando decidió en la Ley de 10 de junio de 1847 que la propiedad intelectual era una propiedad especial más limitada que la ordinaria ⁹¹⁸ ". Y por ejemplo, el límite del artículo 31(bis). 2 de la LPI ⁹¹⁹ se fundamenta de manera clara en la función social de la propiedad.

Además del hecho de que las facultades que la propiedad intelectual reconoce a su titular (a diferencia de lo que sucede con la propiedad real cuya duración es ilimitada en el tiempo) tienen un plazo de duración finito ⁹²⁰ ; plazo que es consecuencia directa de la propia dimensión social intrínseca del Derecho de Autor (se considera que el Estado concede un monopolio legal finito en el tiempo a los autores a cambio de que eventualmente, su obra entre en el dominio público y así revierta en beneficio del acervo cultural de una sociedad determinada). Ciertamente el Libro I, Título III, Capítulo II de la LPI, que comprende los artículos 31 a 40 bis de la LPI, y que regula los límites a los derechos de explotación de los autores, contiene varias limitaciones a los derechos de explotación que emanan del desarrollo legal del reconocimiento constitucional de la función social de la propiedad. No obstante, el límite de copia privada del artículo 31.2, no responde en ningún caso a esta la función social de la propiedad, sino que responde a las circunstancias de hecho puntuales consistentes en la imposibilidad de controlar las reproducciones domésticas de la obra durante la era analógica, y a un fallo de mercado. Un ejemplo claro de que el límite de copia privada no tiene como fuente la función social de la propiedad, como algunos nos quieren hacer ver, es que se ha excluido de este las obras puestas a disposición del usuario en la Red de forma interactiva; precisamente porque en esta forma de explotación los titulares de derechos pueden efectivamente controlar la explotación de sus obras mediante el empleo de "*capas de código*" ⁹²¹ destinadas a tal efecto; empleo que es en sí mismo objeto de regulación y protección legal. El límite de copia privada así, aunque restringe el derecho de propiedad de los titulares de derechos

un tiempo limitado a los autores e inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos inventos y descubrimientos"). Por supuesto, la razón de que se proteja este derecho sólo por un tiempo limitado es que posteriormente revertirá en el común de la sociedad, con los beneficios que ello comporta al bien común.

⁹¹⁸ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 72.

⁹¹⁹ Artículo 31(bis). 2 de la LPI: "*Tampoco necesitan autorización los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige*".

⁹²⁰ Artículo 26 de la LPI. Duración y cómputo: "*Los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento*". Esta es la regla general, aunque existen otros plazos para obras póstumas, seudónimas y anónimas (artículo 27 de la LPI), en colaboración y colectivas (artículo 28 de la LPI), las meras fotografías (artículo 128 de la LPI), etc.

⁹²¹ El concepto es del profesor LESSIG: "*layers of code*".

de explotación protegido por el Derecho de Autor, no lo hace atendiendo a ninguna función social relevante, lo cual se aprecia con mayor claridad si se atiende al derecho comparado (EE.UU., El Reino Unido). No obstante, muchos han querido justificar la existencia del límite en el derecho de acceso a la cultura, que ni ha sido nunca, ni es en la actualidad, fuente del límite, excepto para algunos miembros de las escuelas doctrinales “revisionistas” y “radicalistas”, que han querido justificar desde el derecho a la cultura la infracción masiva del Derecho de Autor que se está llevando a cabo en la Red.

El artículo 53.1 de la CE prescribe de manera clara que la ley que regule cualquier derecho de rango análogo a los derechos de explotación comprendidos en el Derecho de Autor, incluyendo estos, *“en todo caso deberá respetar su contenido esencial”*. DÍEZ-PICAZO GIMENEZ explica lo que habremos de entender por *“contenido esencial”*: *“Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”*⁹²². Por su parte DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN nos explica cuál sea el contenido esencial del derecho a la propiedad, que como hemos visto es del que derivan los derechos de explotación y el derecho de reproducción en particular: *“La propiedad privada sirve a la libertad y dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, por una parte, y al libre desarrollo de los la personalidad, y al reconocimiento de los sujetos jurídicos, como sujetos de iniciativa económica y como agentes de un proceso económico que inserto en lo que se llama la economía libre de mercado. Esto sólo es posible si se reconoce un derecho subjetivo a los valores en uso, en renta y en venta de los bienes. De aquí puede deducirse la imposibilidad de una configuración legislativa del instituto de la propiedad en que este contenido esencial quede amputado”*⁹²³. ALZAGA, con base en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 de 26 de marzo, explica que el TC se ocupó de dejar claro lo que significa el *“contenido esencial”* del Derecho de Propiedad (y por ende,

⁹²² DÍEZ PICAZO GIMENEZ, LUIS MARÍA, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, Pág. 120.

⁹²³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*, Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor García de Enterría, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991. Pág. 1263.

de los derechos de explotación contenidos en el Derecho de Autor): “*el contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene delimitado por el conjunto de facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro. Y añade que, por el contrario, se rebasa o se desconoce el contenido esencial de cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*”. De hecho, el TC reconoció expresamente en otra Sentencia posterior “*el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable*”⁹²⁴. La “*regla de los tres pasos*” así, aplicada al límite de copia privada de manera estricta, y teniendo en cuenta “*el momento histórico de que se trate*” (las consecuencias prácticas y efectivas derivadas de la aplicación del límite en la era analógica difieren radicalmente de las derivadas de su aplicación en la era digital, por razones ampliamente expuestas en este trabajo), parece un buen método para asegurar que la aplicación del límite no altere el “*contenido esencial*” del derecho de reproducción, “*haciéndolo impracticable*”, dificultándolo “*más allá de lo razonable*” o despojándolo “*de la necesaria protección*”. Como explica reiteradamente MARTÍN-PRAT, este límite conculca claramente la “*regla de los tres pasos*”, y se ha de realizar el necesario silogismo que necesariamente nos llevará a la conclusión de que la aplicación del límite, especialmente en su concepción “*revisionista*” y amplia (aunque no solo en ella), altera la esencia misma del derecho de reproducción (lo cual significa de la totalidad de los derechos de explotación emanados del Derecho de Autor en la era y en el ámbito digital), convirtiéndolo en impracticable, y vaciándolo de significancia efectiva. Es por ello que el límite tal y como se ha estado aplicando resulta claramente inconstitucional; ya que, como señalaba el profesor DIÉZ-PICAZO, “*No se puede configurar una propiedad con privación del “ius utendi et fruendi”, y del “ius disponendi”*”⁹²⁵. Un derecho de propiedad en las condiciones efectivas que sufre el Derecho de Autor en España en al ámbito de la Red sería otra

⁹²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994, de 17 de marzo.

⁹²⁵ DIÉZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*, Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor García de Enterría, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991. Pág. 1265.

cosa (un derecho de atribución de paternidad sobre la cosa –la obra- con algunas ventajas de índole económica atribuidas por el Estado), pero no es un derecho de propiedad.

1.5 **Aplicación del Derecho Comunitario sobre el derecho de reproducción y el límite de copia privada y su fundamentación constitucional.**

Finalmente, puesto que una parte muy importante de este trabajo se refiere (necesariamente) al indudable impacto directo y sustancial de las normas de Derecho Comunitario (además de otros Tratados Internacionales) sobre el tema que nos ocupa ⁹²⁶, se hace por tanto necesario incluir un (breve) punto final en el que al menos mencionar la fundamentación constitucional de estos derechos; es decir, como entran a formar parte del Ordenamiento Jurídico español de acuerdo con nuestra Norma Suprema. El legislador constituyente previó (sin duda con un eventual ingreso de España en la entonces llamada Comunidad Económica Europea) la posibilidad de que nuestro país suscribiese un tipo de tratados internacionales que implicaban la cesión de competencias estatales a un organismo supranacional. Así, el artículo 93 de la CE proclama lo siguiente: *“Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.*

⁹²⁶ España había asimismo suscrito diversos Tratados Internacionales “tradicionales” en materia de Derecho de Autor por la vía prevista en el Artículo 96.1 de la CE. Este artículo señala que *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”*. España ha ratificado un gran número de tratados en el ámbito del Derecho de Autor, siendo los más importantes, y sin ánimo de ser exhaustivo: Convenio de Berna (en adelante, CB), de 8 de Septiembre de 1886, para la protección de obras literarias y artísticas, revisado en París el 24 de julio de 1971 (Instrumento de ratificación de España de 2 de julio de 1973). Convención Universal de Ginebra sobre los Derechos de Autor, de 6 de septiembre de 1952, revisada en París el 24 de julio de 1971 (Instrumento de ratificación de España de 7 de marzo de 1974). Convención Internacional de Roma, de 26 de Octubre de 1961, sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Instrumento de ratificación de España de 2 de agosto de 1991). Convenio de 14 de julio de 1967, que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Instrumento de ratificación de España de 12 de mayo de 1969). Convenio de 29 de octubre de 1971, para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Instrumento de ratificación de España de 16 de mayo de 1974). Convenio de Bruselas, de 1974, sobre distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite (Suscrito por España el 21 de mayo de 1974). Acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, Anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio y Acuerdos anejos, hecho en Marrakech, de 15 de abril de 1994 (Instrumento de ratificación de España de 30 de diciembre de 1994). Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor, acordado en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996 (Firmado por España el 20 de diciembre 1996). Tratado de la Organización Mundial de la propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, acordado en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996 (Firmado por España el 20 de diciembre de 1996). De estos, todos han entrado en vigor; pero no todos han sido ratificados por nuestro país e incorporados al Derecho Español. Así ocurre con los dos tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas) y con el Convenio de Bruselas de 21 de mayo de 1974, sobre Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidos Vía Satélite.

Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión". GARCÍA DE ENTERRÍA explica que "La norma constitucional dejó abierto de este modo el hueco para el establecimiento de un verdadero «derecho supranacional», en el sentido de un traslado de competencias legislativas, ejecutivas y judiciales a organizaciones de este carácter, las cuales podían quedar así habilitadas "ex constitutione" para ejercer dichas competencias directamente sobre los ciudadanos españoles [en letra itálica en el original] en el momento mismo de nuestra integración en ellas sin necesidad de proceder a ningún ajuste ulterior, ni de pasar por el intermedio de ningún mecanismo interno de conversión. Este es el sentido de un derecho o de la integración que excede del tradicional Derecho Internacional entendido como Derecho entre Estados" ⁹²⁷ .

Nos explica GARCÍA DE ENTERRÍA que la relación del derecho comunitario con el derecho nacional se rige por tres principios básicos: aplicación inmediata del derecho comunitario, efecto directo de este derecho, y primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional. En cuanto a la aplicación inmediata del derecho comunitario, GARCÍA DE ENTERRÍA señala que esta significa que "la norma comunitaria adquiere de forma automática el "status" de derecho positivo en cada Estado sin necesidad de acto alguno de recepción" ⁹²⁸ . Este autor cita la STJCE de 15 de julio de 1964 (la célebre Sentencia Costa-Enel) que señala de manera explícita que "a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de CEE ha instituido un orden jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus jurisdicciones" ⁹²⁹ . En cuanto al efecto directo de la norma comunitaria, se desarrollaría en una doble dirección: "toda persona tiene derecho a pedir a cualquier Juez o Tribunal que conozca de un proceso en el que sea parte que se le apliquen las disposiciones de los Tratados, Reglamentos, Directivas y decisiones relativas al objeto de la "Litís", y el Juez o Tribunal tiene, por su parte la obligación de aplicar dichas disposiciones cualquiera que sea la propia legislación nacional" ⁹³⁰ . Finalmente (y esta característica es la

⁹²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª Edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2013. Pág. 179.

⁹²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª Edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2013. Pág. 184.

⁹²⁹ Ídem.

⁹³⁰ Ídem.

fundamental de la norma comunitaria para GARCÍA DE ENTERRÍA), el Derecho Comunitario goza de primacía sobre la norma nacional: *“esto es, es de prioridad aplicativa sobre cualquier otra norma nacional que en consecuencia resulta desplazada por ella”* ⁹³¹. El TC, en Sentencias de 14 de febrero de 1991 y 22 de marzo de 1992 acepta y reconoce la primacía del Derecho Comunitario incluso frente a la ley nacional posterior, que el Juez nacional habrá de *“dejar inaplicada [la Ley nacional posterior], si fuese necesario, en virtud de su propia autoridad, sin que haya de solicitar o esperar la plena eliminación de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”* ⁹³².

Así, la CE habilita para que sea fuente normativa (y lo es con carácter fundamental) para el tema que nos ocupa la regulación normativa realizada por la UE de los derechos de explotación de los autores sobre sus obras, especialmente la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante DDASI), con la cual la Unión Europea a su vez ha querido cumplir con los dos tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI) de 1996 sobre Derecho de Autor, y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas; Tratados que a su vez, desarrollaban el Convenio de Berna y la práctica totalidad de los Tratados Internacionales citados más arriba. Las Directivas emanadas de la UE establecen la política común de la Unión Europea en un intento de armonizar las legislaciones nacionales en cuanto a los objetivos perseguidos en un ámbito determinado. Los Estados deben implementar las Directivas de la Unión Europea en su ordenamiento jurídico mediante el instrumento normativo que consideren más adecuado ⁹³³,

⁹³¹ Ídem.

⁹³² STC de 14 de febrero de 1991 y de 22 de marzo de 1992, citando literalmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE de 9 de marzo de 1978 (Sentencia Simmenthal). Referenciado por GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª Edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2013. Pág. 185. También por ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 3ª Edición, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

⁹³³ “A directive establishes Union policy. It is then left to the member states to implement the directive in whatever way it is appropriate to their national legal system. This may require a new statute, a Presidential Decree, an administrative act or even a constitutional amendment. Sometimes it may require no action at all. As Article 189 indicates, a directive is “binding as to the result to be achieved” but leave[s] to the national authorities the choice of form and methods.” *The vast majority of the legislative acts of the single market campaign are directives. All directives contain time limits for national implementation. The more controversial the policy, the longer the likely allotment of time*. FOLSOM, RALPH H. *European Union Law in a nutshell*, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, EE.UU., 1995. (Traducción del autor)

aunque tienen la obligación de hacerlo. La DDASI por tanto es fuente directa de la LPI, e incluye el límite de copia privada al derecho de reproducción entre los límites a los derechos de explotación enumerados en su artículo 5.2. b) ⁹³⁴ ⁹³⁵ . Como veremos, la adopción de este límite de copia privada en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros tiene un carácter estrictamente facultativo; es decir, los Estados miembros pueden a su voluntad incorporar el límite a su sus ordenamientos jurídicos o no hacerlo; aunque si deciden incorporar el límite a su legislación sobre Derecho de Autor, la norma nacional utilizada a este efecto deberá de seguir necesariamente las directrices básicas contenidas en el artículo 5.2 b) de la DDASI, siendo la más relevante entre ellas la obligación de remunerar a los autores por los actos de realización de copias privadas bajo el amparo del límite mediante un sistema de compensación equitativa ⁹³⁶ .

La DDASI se implementó en España mediante Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en la que España desarrolla y modifica ⁹³⁷ el límite de copia privada al derecho de reproducción en la LPI de acuerdo a los preceptos armonizadores contenidos en la norma comunitaria. Volveremos sobre las normas sobre derechos de explotación de los autores y sobre los límites a estos derechos emanados de la UE, y su transposición al derecho español. Lo que nos interesa aquí es apuntar a) que existe una regulación emanada de la UE aplicable al tema que nos ocupa cuya validez en España se halla prevista en la propia CE, b) que esta regulación (como veremos) no prescribe en modo alguno una obligación impuesta por la UE para que España adopte en su Ordenamiento Jurídico un límite de copia privada, ya que a diferencia de otras limitaciones a los derechos patrimoniales de los autores previstas en la DDASI, el desarrollo de

⁹³⁴ Artículo 5.2 DDASI: “2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6”

⁹³⁵ Además, la DDASI responde al tipo de Directivas “detalladas”. ALONSO GARCÍA señala que “a medida que mayor concreción tenga el contenido de una Directiva, mayor amplitud presentará para desplegar sus efectos en el ámbito interno pese a la ausencia de ejecución o a la ejecución incorrecta en tanto no se ponga remedio a la situación a través de su ejecución de manera debida”. ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 3ª Edición, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012. Pág. 148.

⁹³⁶ Esta obligatoriedad de incluir en la norma nacional una compensación equitativa adecuada puede ser, como veremos, el talón de Aquiles de la restricción del límite de copia privada planeada en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁹³⁷ Puesto que, como veremos, dicho límite ya existía.

este límite por las legislaciones nacionales de la UE tiene en la Directiva un carácter estrictamente facultativo.

2. **Los derechos de explotación de los autores sobre la obra y en concreto el derecho de reproducción: LPI y Directiva Comunitaria.**

2.1 **Los derechos de explotación de los autores sobre la obra.**

El Escrito de Conclusiones elaborado por la Abogado general del TJUE, VERICA TRSTENJAK, en el marco del ya estudiado caso PADAWAN, contiene una cita de ARISTÓTELES que no me resisto a reproducir como introducción de esta parte de mi trabajo:

“Lo dicho ha de tenerse en cuenta aún en otro aspecto, en las prestaciones de las distintas artes, estarían estas acabadas si el artista no crease de manera activa un producto que pudiera valorarse cuantitativa y cualitativamente, y por el que no hubiera de incurrirse en una retribución equivalente, tanto cuantitativa como cualitativamente” ⁹³⁸ .

El Filósofo (con mayúscula, como se le conocía entre los escolásticos) ya se ocupó en su (lejano) día de recalcar algo que parece ponerse en duda hoy: el valor ético y práctico de la propiedad intelectual en general, y de los derechos de explotación de los autores en general: ético, por que participa del concepto más puro de justicia en el marco del derecho natural; y práctico, porque sin ellos estaríamos abocados irremisiblemente al fin del desarrollo de las distintas artes, expresión máxima de la belleza inherente al ser humano.

Según el artículo 2 de la LPI, el Derecho de Autor está conformado conjuntamente por derechos patrimoniales y derechos morales. No entraremos a tratar en profundidad los derechos morales aquí, puesto que los verdaderamente relevantes para el tema que nos ocupa son los derechos

⁹³⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro quinto, Capítulo séptimo – Justicia conmutativa, 322 a.C., 1132b. Traducción al castellano a partir de la traducción al alemán de Eugen Rolfes, editada por Günther Bien, 4ª ed., Hamburgo 1985, p. 110. Referenciado en las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERICA TRSTENJAK presentadas el 11 de mayo de 2010 en el Asunto C 467/08. Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) contra Padawan, S.L. (Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona). Nota 55.

patrimoniales o de explotación; aunque como señalan algunos autores (y hemos visto en el punto anterior), ambos derechos estén íntimamente relacionados ⁹³⁹ . Los derechos patrimoniales, que en el artículo 17 de la LPI se denominan “*derechos de explotación*” ⁹⁴⁰ , en opinión de BERCOVITZ “*deben considerarse como un conjunto; como todas las posibilidades de explotación o disfrute económico derivadas de la utilización de la obra*” ⁹⁴¹ . El CC en su artículo 428 prescribe que “*el autor de una obra literaria, científica o artística tiene el derecho a explotarla y disponer de ella a su voluntad*” ⁹⁴² .

Estos derechos pertenecen de forma originaria al autor por el mero acto de la creación de la obra, y son transmisibles “*inter vivos*”, o “*mortis causa*”. La LPI regula la transmisión o cesión de estos derechos mediante contrato mediante sus artículos 42 a 57. Además, según el mismo autor, los derechos patrimoniales o de explotación se pueden dividir en:

- a. Derechos patrimoniales exclusivos, que de acuerdo con el artículo 17 de la LPI son los siguientes:
 - a.1. El derecho de reproducción del artículo 18 de la LPI.
 - a.2. El derecho de distribución del artículo 19 de la LPI.
 - a.3. El derecho de comunicación pública del artículo 20 de la LPI.
 - a.4. El derecho de transformación del artículo 21 de la LPI.

⁹³⁹ Señala acertadamente GONZÁLEZ DE ALAIZA a título de ejemplo que la divulgación de una obra en formato digital expone en mayor medida el mantenimiento de la integridad de la obra que si el autor la explotara únicamente de forma analógica, y también facilita enormemente la realización de copias privadas por parte de los usuarios en comparación con la divulgación en formato analógico. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 1.

⁹⁴⁰ TRLPI. Artículo 17 : “*Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.*”

⁹⁴¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO et al. “*Manual de Propiedad Intelectual*”, (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO), Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, Pág. 85.

⁹⁴² GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 6. BONDÍA ROMÁN, FERNANDO, en RODRÍGUEZ TAPIA, JOSE MARÍA, y BONDÍA ROMÁN, FERNANDO. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas. Madrid. 1997.

b. Derechos patrimoniales (irrenunciables) del autor de simple remuneración, que siguiendo todavía a BERCOVITZ ⁹⁴³, son los siguientes:

b.1. El derecho del autor a ser compensado por la reproducción realizada exclusivamente para uso privado de artículo 25 de la LPI (compensación equitativa).

b.2. La remuneración debida a los autores de una obra audiovisual del artículo 90 de la LPI, cuando se cedan los derechos sobre esta obra al productor de la misma, de acuerdo con el artículo 88 de la LPI.

Es importante señalar que de acuerdo con el artículo 23 de la LPI, los derechos que acabamos de mencionar son independientes entre sí, y que según el artículo 43 de la misma Ley tales derechos de pueden transmitir a otras personas asimismo de manera independiente. Los derechos patrimoniales o de explotación constituyen un “*numerus apertus*”, por lo que se deja abierta la posibilidad de que aparezcan otras formas de explotación en el futuro. Aunque hemos considerado necesario al menos mencionar los derechos patrimoniales exclusivos de transformación y distribución pública, estos tampoco van a formar parte de nuestro estudio.

El derecho de comunicación pública es el directamente relevante en el análisis de la actividad realizada por los usuarios en el ámbito de las redes P2P cuando realizan actividades de “*uploading*” o “*seeding*” de archivos que contengan obras protegidas por el Derecho de Autor; puesto que están realizando actividades de comunicación pública no autorizada de estas obras, en su modalidad de puesta a disposición. El artículo 17 de la LPI señala que esta comunicación en su modalidad de puesta a disposición consiste en poner las obras protegidas por el Derecho de Autor “*a disposición del público, de tal forma que cualquier persona puede acceder a ellas [a las obras] desde el lugar y el momento que elija*” ⁹⁴⁴. Asimismo, este derecho es el que se conculca mediante la transmisión de las obras en la Red vía “*streaming*”, o el que podría conculcarse mediante la actividad de enlazar a archivos que contengan obras protegidas por el Derecho de Autor, bajo determinadas circunstancias.

⁹⁴³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Op. Cit. Pág. 86.

⁹⁴⁴ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 211.

No obstante, el derecho realmente relevante para el tema que nos ocupa es el derecho de reproducción del artículo 18 de la LPI, ya que el límite de copia privada no es tal sino con respecto al derecho exclusivo de reproducción de los autores sobre la obra.

Sobre la importantísima característica de exclusividad del Derecho de Autor en general, y de los derechos patrimoniales o de explotación en particular, hay que señalar que esta característica representa la auténtica columna vertebral de estos derechos, como no podría ser de otra manera tratándose de un derecho de propiedad. Se concreta la exclusividad de los derechos patrimoniales o de explotación en un auténtico monopolio legal de los autores sobre sus obras (aunque limitado temporalmente, al menos en cuanto a lo que respecta a los derechos de explotación, y es en esto en lo que más se diferencia el derecho de propiedad intelectual del derecho de propiedad real). La exclusividad del Derecho de Autor se manifiesta pues en una doble dimensión: (1) positiva, en el poder casi omnímodo del autor para explotar su obra; y (2) negativa, en la capacidad de ejercer el “*ius prohibendi*” sobre todos aquellos que exploten (o disfruten) la obra sin su autorización ⁹⁴⁵. MCCARHY por su parte recuerda que el Tribunal Supremo de los EE.UU. ha definido los derechos de explotación como un “*ius prohibendi*” o de exclusión ⁹⁴⁶.

Es GONZÁLEZ DE ALAIZA quien nos informa que la mayoría de la doctrina ⁹⁴⁷ coincide en que las distintas modalidades de formas de explotación que hemos señalado tendrían dos características

⁹⁴⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 8.

⁹⁴⁶ “El Derecho de copia no es el derecho a utilizar la obra sujeta al mismo, sino que más bien representa el derecho de excluir a otros de la utilización de la obra. El disfrutar de un “copyright” válido sobre una obra derivativa no inmuniza a esa obra de infringir el “derecho de copia” en una obra subyacente en la cual se basa la obra derivativa. El disfrutar de un “derecho de copia” sobre una fotografía no inmuniza al titular de tal “derecho de copia” de responsabilidad por cuenta de otras formas de uso ilegal de tal fotografía, tal y como el de no pagar impuestos por cuanta de los ingresos percibidos por reproducir la fotografía, publicar una fotografía que invade la privacidad de un sujeto, o utilizar la fotografía en un anuncio, infringiendo el derecho de publicidad de un sujeto determinado”. “Copyright is not the right to use the copyrighted work; rather it is a right to exclude others from use of the work. Having a valid copyright on a derivative work does not immunize that work from being an infringement of copyright in an underlying work on which the derivative work is based. Having a copyright on a photograph does not immunize the copyright owner from liability for other forms of illegal use of the photograph, such as not paying taxes for income for reproducing the photograph, publishing a photograph as to invade the subject’s privacy, or using the photograph in an advertisement, infringing the subject’s right of publicity”. MCCARTHY, THOMAS J., *McCarthy’s desk Encyclopedia of Intellectual Property*, 2ª Ed., BNA BOOKS, WASHINGTON D.C., 1995., cita *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 128 (1932). (Traducción del autor).

⁹⁴⁷ Cita GONZÁLEZ DE ALAIZA a los siguientes autores: RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. BERCOVITZ, RODRIGO), 2ª ed., Madrid, 1997, Pág. 94-95; MARCO

comunes: su carácter colectivo, y su actual o potencial finalidad lucrativa. El carácter colectivo de los derechos de explotación implicaría que quedarían fuera del ámbito de autorización de su titular. Critica acertadamente GONZÁLEZ DE ALAIZA este supuesto carácter colectivo común de los derechos de explotación con tres argumentos de calado: (1) El artículo 17 de la LPI no hace referencia a expresa ni tácita al necesario carácter colectivo de los derechos de explotación, como si hace, por ejemplo, su artículo 19 cuando habla de “*puesta a disposición del público*”, o el artículo 20, cuando exige “*una pluralidad de personas*”; (2) el derecho de reproducción como procedimiento, se puede realizar, y de hecho se realiza de manera harto frecuente, en un ámbito privado, como puede ser la intimidad del hogar, y su uso y disfrute suele ser también privado y; (3) el límite de copia privada reafirma “*a contrario sensu*”, que indiscutiblemente existe un derecho de exclusivo de explotación de los autores en el ámbito privado⁹⁴⁸. Por tanto los derechos de explotación alcanzan a los actos que realicen los usuarios en la intimidad de su hogar, y los actos no autorizados directamente por parte de los titulares de derecho que estos realicen en ese ámbito son ilícitos, a no ser que estén permitidos por una excepción o límite establecido expresamente en la Ley.

Nos recuerda asimismo GONZÁLEZ DE ALAIZA que el fundamento último del derecho a la remuneración de los autores por cuenta del límite de copia privada es el uso o disfrute de su obra por parte de los usuarios; es decir, no es un premio del Estado a los creadores ni está ideado para facilitar el progreso de la cultura⁹⁴⁹. Por tanto el momento de uso y disfrute de la obra por el usuario es uno de los dos momentos posibles en que los autores podrían tomar en cuenta para dilucidar en qué momento nacen sus derechos de remuneración (por ejemplo, el momento en que el usuario que “se ha bajado” una película de Internet desde una red de descargas legales o autorizadas, digamos iTunes, procede a su visionado). El otro momento posible en el que se realiza el acto de explotación sobre la obra, el acto de exteriorización (siguiendo con el ejemplo anterior,

MOLINA, JUANA, *La propiedad intelectual en la legislación española*, 1ª ed., Madrid, 1995, Pág. 213 y ss; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», en *El Derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, 1ª ed., Madrid, 1996, Pág. 94. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 1. Cita nº 4.

⁹⁴⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER, *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 2.

⁹⁴⁹ Como hemos visto, la fuente constitucional de los derechos de explotación es el derecho de propiedad privada del artículo 33.1 de la CE.

el momento en que el usuario, “se baja”, es decir realiza una copia o acto de reproducción autorizada de la película desde la plataforma iTunes). Los actos de control se realizan en este último momento de “*uso activo*”, o de realización de actos de explotación/exteriorización, y no en aquel de “*uso pasivo*”, o de realización de actos de disfrute⁹⁵⁰. La razón tradicionalmente se ha encontrado en la imposibilidad de control de este tipo de actos de uso o disfrute de la obra, aunque este control en el momento del disfrute es posible para el modelo de explotación vía “*streaming*” en que ambos momentos coinciden⁹⁵¹.

Además, los autores (y otros titulares de derechos de propiedad intelectual sobre una obra, como por ejemplo los artistas, intérpretes o ejecutantes del Libro II, Título I de la LPI), normalmente no ejercen su derecho de explotación exclusivo sobre sus obras de forma directa⁹⁵². Para GONZÁLEZ DE ALAIZA esto obedece a dos motivos: (1) el déficit en capacidad organizativa y patrimonial de los autores para llevar a cabo por si mismos la explotación; y (2) la existencia de grandes intereses comerciales, que favorecen la aparición de intermediarios⁹⁵³. Sin entrar en consideraciones históricas (como que el Derecho de Autor nació en realidad como un derecho de los editores) hay que señalar que la mayoría de la doctrina no toma en consideración que en nuestros días se sigue dando una situación en que el desarrollo de la cultura depende en gran medida de las distintas industrias editoriales⁹⁵⁴. No obstante, esto no supone una merma en la capacidad de control de los autores, que mantienen esta no solo con respecto a las “*utilizaciones de la obra que solo supongan un paso intermedio en la puesta a disposición del usuario final*” participando en los beneficios que genere la obra, sino incluso en las utilizaciones no lucrativas de

⁹⁵⁰ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER, Op. Cit. Pág. 3-4.

⁹⁵¹ Como veremos, esto tiene consecuencias prácticas, especialmente con respecto a la prevalencia legal de las medidas tecnológicas de protección de derechos, o medidas anticopia sobre el límite de copia privada, en casos en que se licencia la obra al usuario por medio de un servicio interactivo “*on demand*” o “*a la carta*”.

⁹⁵² Aunque esta situación está empezando a cambiar también tímidamente con la irrupción de la Red, aunque no tanto como algunos quisieran creer. Si bien es cierto que algunos artistas, como por ejemplo la banda “Radiohead”, han distribuido algunos de sus álbumes online, en un sistema de explotación en que se prescinde del intermediario, no es menos cierto que posteriormente han distribuido el mismo material de manera tradicional, y por medio de los intermediarios habituales. Así pues, incluso en los casos pretendidamente más radicales, no se ha pasado de lo que podríamos denominar como un “sistema mixto”.

⁹⁵³ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER, Op. Cit. Pág. 4.

⁹⁵⁴ Quizá esto esté más claro en el sistema anglosajón de “*copyright*”, en que los derechos morales se reducen al mínimo indispensable para cumplir con el artículo 6 bis del Convenio de Berna. Esto no significa que los autores o ejecutantes no participen del éxito en la aceptación de sus obras, ya que también existe un sistema de participación en los beneficios que estas generen, con participaciones en estos llamados comúnmente “*residuals*”.

la obra, siempre que no exista una excepción legal que expresamente lo prevea, como por ejemplo la del artículo 38 de la LPI ⁹⁵⁵.

Así, el autor pondrá normalmente su obra en el mercado por medio de un intermediario. Los autores o titulares de derechos afines sobre una obra pueden transmitir, ceder o licenciar el uso de sus derechos de explotación (no los morales) a un intermediario por la vía contractual, y esta será la más habitual. La LPI dedica enteramente el Título V de su libro II a la transmisión de derechos sobre obras, además de legislar de manera específica sobre los importantes contratos de edición y de representación teatral y ejecución musical. No obstante, la LPI establece, salvo pacto en contrario, atribuciones o cesiones de derechos de explotación a diversas clases de intermediarios ⁹⁵⁶. Estos intermediarios, especialmente en España, se han visto tremendamente afectados por el fenómeno del intercambio no autorizado de archivos a través de Internet, ya que este ha afectado enormemente a su volumen de negocio. Como resultado, muchas de estas organizaciones empresariales en España ⁹⁵⁷ han quebrado, o han tenido que reducir su tamaño. Los perjudicados, además de estos actores, que están amparados por el derecho de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado del artículo 38 de la CE, son (a) los usuarios, que a diferencia de sus homónimos norteamericanos, no tienen acceso a una oferta legal de contenidos amplia y legítima en Internet; (b) los nuevos artistas, ya que las industrias editoriales en tiempos de crisis tan extrema se centran en productos culturales con un mayor valor potencial de retorno de su inversión

⁹⁵⁵ Ejecución de la obra en actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas, o en ceremonias religiosas, en que las el público asista de manera gratuita, y los artistas no sean remunerados GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER, Op. Cit. Pág. 4-5.

⁹⁵⁶ Así el artículo 8 de LPI atribuye al editor los derechos de explotación sobre la obra colectiva; el artículo 51.2 de la LPI, regula, de modo similar a la figura del “*work for hire*” del derecho americano, la cesión exclusiva de los derechos sobre una obra del autor asalariado a favor de su empleador; el artículo 88 de la LPI establece la presunción de cesión al productor de una obra audiovisual de los derechos de reproducción, distribución, y comunicación, así como el de doblaje, y este mismo productor tiene atribuido el derecho de alquiler, salvando el derecho de remuneración correspondiente de los autores, de acuerdo con el artículo 9.2. de la LPI. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER, Op. Cit. Pág. 9.

⁹⁵⁷ En EE.UU., al existir una legislación más estricta con los usos no autorizados del copyright, el impacto, siendo grande, no es tan devastador como en nuestro país. Además, esta misma legislación, que reduce en gran medida la competencia desleal del “gratis total” ha permitido la aparición de nuevos modelos de negocio, basados en la distribución y comunicación pública de obras audiovisuales a través de Internet. Por ejemplo: NETFLIX, AMAZON, XFINITY. Estos nuevos modelos suponen un gran beneficio para los usuarios, entre los que me incluyo, que tienen acceso a una enorme selección de obras a un precio razonable, y para los autores que se ven recompensados por su esfuerzo, así como para los diversos tipos de editores, que ven como su inversión es rentable. Este es sin duda el modelo hacia el que vamos; y es un gran modelo.

económica (es decir, en artistas consagrados); y (c) la sociedad en general, ya que la producción cultural autóctona es menor.

Por tanto los autores gozan de un derecho de explotación sobre sus obras que, durante la vigencia del derecho, va más allá de los derechos de propiedad real. De hecho, se extiende incluso sobre los “*derechos activos*” privados de la obra; es decir, sobre los actos de reproducción sobre la misma que los usuarios lleven a cabo dentro de su esfera privada. Como hemos señalado, el límite de la copia privada sobre el derecho de reproducción nace en Alemania en los años 60 no porque este derecho de los autores de autorizar la reproducción de sus obras se extinga en la esfera privada, sino por la imposibilidad de controlar reproducciones ilícitas en la esfera privada de los usuarios, debido principalmente a las barreras físicas del domicilio (imposibilidad fáctica) y al derecho fundamental a la intimidad de los ciudadanos (imposibilidad jurídica).

2.2 **El derecho de reproducción de los autores sobre su obra.**

El derecho de reproducción de los autores sobre su obra se normativiza en España en el artículo 18 de la LPI. La LPI también declara el derecho de reproducción de los intérpretes o ejecutantes sobre “*las fijaciones de sus actuaciones*” en su artículo 107; de los productores de fonogramas sobre tales fonogramas en su artículo 115; y de los productores de la primera fijación de las grabaciones audiovisuales “*de autorizar la reproducción del original y sus copias*” en su artículo 121. Además, gozan del este derecho exclusivo de autorizar la reproducción sobre su obra las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones y transmisiones (artículo 126.1. b)); quien realice una fotografía sobre tal fotografía (artículo 128 LPI) ⁹⁵⁸; y los editores que divulguen lícitamente una obra inédita que esté en dominio público sobre tal obra (artículo 129 LPI).

El artículo 31.2. de la LPI como ya sabemos es la plasmación normativa en España del límite de copia privada al derecho de reproducción del autor sobre su obra. El artículo en su versión vigente reza literalmente “*No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir*

⁹⁵⁸ Aunque el fotógrafo pueda ser considerado y de hecho es un creador, la LPI regula sus derechos de explotación de manera diferenciada del resto de las obras porque la duración de derecho es menor (25 años).

de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador.” Por lo tanto resulta fundamental para nuestro estudio el entender en qué consiste el derecho de reproducción, ya que los actos que pueden ser potencialmente objeto del límite de copia privada, son los mismos actos que son objeto del derecho de reproducción, en cuanto aquel actúa como límite legal de este.

El derecho de reproducción se reconoció en la esfera internacional en la Revisión del Convenio de Berna, planteado en la Conferencia de Estocolmo de 1967. El profesor SUN explica que con anterioridad a esta fecha, aun constituyendo con diferencia el derecho más fundamental e importante de y para los autores, el derecho de reproducción no estaba reconocido por el Convenio de Berna, lo que provocaba un serio desajuste para la protección internacional de los derechos de autor, puesto que los Estados miembros del Convenio de Berna *“eran libres para imponer cualquier restricción que desearan sobre los derechos de reproducción, o incluso denegar completamente la protección a este derecho”* ⁹⁵⁹.

El artículo 2 de la DDASI proclama el derecho de reproducción de los autores sobre sus obras de la siguiente manera:

“Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

- a) a los autores, de sus obras;*
- b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;*
- c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;*

⁹⁵⁹ *"Were free to impose whatever restrictions they wished on reproduction rights, or even to deny protection altogether". OMPI, Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, OMPI Doc. SCCR/9/7 (Apr. 5, 2003), Pág 20. Referenciado en SUN, HACHOEN, Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 5, 2007. Pág. 271. (Traducción del autor).*

- d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;*
- e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.”*

Por su parte, el artículo 18 de la LPI define el derecho de reproducción como sigue: “*Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.*” Por tanto los elementos del derecho de reproducción sobre la obra, tal y como se contiene en la Ley ⁹⁶⁰ serían los siguientes:

- a. La fijación.
 - a.1. Directa o Indirecta.
 - a.2. Provisional o permanente ⁹⁶¹ .
- b. Por cualquier medio ^{962 963} .

⁹⁶⁰ LPI. Artículo 18.

⁹⁶¹ La Ley 23/2006, de 7 de julio aclara en el punto I de su Preámbulo que el derecho de reproducción se ha modificado en la LPI “añadiendo todas aquellas formas en que puede manifestarse, de tal suerte que se eviten las posibles dudas sobre la efectiva inclusión de las reproducciones realizadas por sistemas digitales”. El significado de lo que sea provisional o permanente se puede delimitar, desde mi punto de vista a partir del texto del Artículo 31.1. de la LPI; que marca los límites del contenido del derecho de reproducción perteneciente al autor, y que dice: “1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la Ley.” Es decir, el límite del derecho de reproducción reside en las reproducciones técnicas necesarias para el funcionamiento de los sistemas informáticos. Por tanto el derecho de reproducción incluiría tanto las reproducciones almacenadas de forma permanente en el disco duro de una terminal de ordenador, como las reproducciones a través de la red, no solo las que se almacenan en la propia terminal de ordenador del usuario de forma permanente (como por ejemplo, las copias descargadas a través de redes P2P), sino también las que se eliminan de este una vez completado su visionado, una vez abandonada la página web desde donde se ha realizado tal visionado (el también llamado “streaming”). Mi interpretación conjunta de los Artículos 18 y 31, por tanto, es que toda reproducción no técnica, en sentido estricto, se hallaría intramuros del contenido del derecho de reproducción contenido en la LPI.

⁹⁶² Evidentemente la reproducción de obras por medio de las redes P2P se encontraría incluida aquí.

⁹⁶³ La Ley sobre Copyright de EE.UU. va aún más lejos, e incluso incluye métodos (cuyo significado es análogo al “medios” del TRLPI) no inventados aun, cuando define “Copias” como: “...objetos materiales, distintos de los fonogramas, en los cuales una obra se encuentra fijada por medio de cualquier método, conocido en la actualidad, o

- c. Por cualquier forma ⁹⁶⁴ .
- d. De toda la obra, o de parte de ella ⁹⁶⁵ .
- e. Que permita:
 - e.1. La comunicación de la obra ⁹⁶⁶ .
 - e.2. La obtención de copias de la obra.

Forman parte del derecho de reproducción tanto las fijaciones que permitan la comunicación de la obra, por ejemplo los actos de reproducción de obras audiovisuales vía “*streaming*”, como lo que permitan la obtención de copias de la misma. Así la LPI entiende comprendidos tanto los actos de primera fijación de la obra, como los de obtención de copias de la misma o su multiplicación ⁹⁶⁷ . De hecho en la era digital no tiene mucho sentido diferenciar entre ambas. Autores como APPEL han ido tan lejos como para afirmar que en la era digital, dado que resulta imposible distinguir el original de la copia, el concepto de original ha perdido todo su sentido ⁹⁶⁸ .

¿Cuántas copias son necesarias para que hablemos de reproducción en el sentido legal? La doctrina indica que a pesar de que el artículo 18 no señale un número mínimo de ejemplares exigibles para que podamos hablar en puridad de reproducción, todo indica que una copia es suficiente ⁹⁶⁹ . Reproduce LOPEZ MAZA una cita de BERCOVITZ en este sentido: “*en la configuración del derecho de reproducción es irrelevante el número de copias, el método de producción, el número*

que de desarrolle en un futuro...” (“Copies” are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed...” 17.U.S.C 101). (Traducción del autor)

⁹⁶⁴ La Ley 23/2006, de 7 de julio aclara en el punto I de su Preámbulo, que las adiciones realizadas por esta Ley al Artículo 18 del TRLPI, tienen como objetivo principal incluir explícitamente las formas de reproducción digital.

⁹⁶⁵ Sí que resulta importante el cambio en el orden dentro de la frase de las palabras “*de toda la obra o parte de ella*” introducido en el TRLPI por la Ley 23/2006, de 7 de julio, que han pasado de cerrar el Artículo 18 a colocarse en el centro del mismo. No es una cuestión intrascendente, puesto que este cambio supone una alteración significativa del significado de este artículo. Hasta ahora, la fijación parcial de una obra no entraba dentro del concepto de reproducción (la Ley decía simplemente “*La fijación de la obra*”). Así, se ha interpretado que si no se reproducía la obra entera, sino solamente una parte de ella, podría ponerse en duda que se tratara de un acto constitutivo de reproducción, con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivarían. Tras la reforma, el que una fijación constituya reproducción no depende del tamaño de lo fijado, o del porcentaje fijado respecto de la obra original. Este cambio está viene motivado por lo dispuesto en la Directiva 2001/29, ya que se ha mantenido la redacción de la misma.

⁹⁶⁶ Consecuencia lógica de la inclusión explícita de las fijaciones provisionales en el texto del Artículo 18.

⁹⁶⁷ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág.168., Pág. 12.

⁹⁶⁸ APPEL, SHARON, *Copyright, Digitization of Images, and Art Museums: Cyberspace and Other New Frontiers*, 6 UCLA Ent. L. Rev. 149, 167 (1999).

⁹⁶⁹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág.168., Pág. 15.

*de veces que esta copia podrá ser usada, la dimensión relativa respecto al original, el propósito, la intencionalidad de la reproducción, el destino de la copia, el lugar de realización, o la persona que la produce. Sin embargo, estas circunstancias pueden influir sobre la calificación o licitud de la reproducción*⁹⁷⁰ ”.

ESTEVE explica muy bien la diferencia entre fijación directa e indirecta de la obra, así como la introducción del concepto de fijación indirecta: *“El concepto de reproducción como fijación indirecta de una obra se introdujo en el Acta de Revisión del Convenio de Berna, celebrada en Estocolmo en 1967. Son aquellas fijaciones de obras que no facilitan la comunicación o percepción directa o inmediata de la obra. Un ejemplo de fijación indirecta son las grabaciones de las interpretaciones y ejecuciones de obras audiovisuales y musicales. En estos casos, la reproducción no permite la comunicación directa de la obra (verla u oírla como ocurre cuando se realiza una fotocopia de un texto o de una imagen) sino que es necesario ejecutar la grabación en un aparato para lograr esa comunicación de la obra*⁹⁷¹ ”.

De acuerdo con el profesor DE ROMÁN PÉREZ, *“Las reproducciones indirectas son aquellas que necesitan de una fase intermedia para su obtención: es decir, el ejemplar de la prestación no se obtiene de forma inmediata con la fijación, o a partir de otro ejemplar de la obra, sino a través de otro acto de explotación, como sucede cuando se graba la emisión por la radio de un fonograma*”⁹⁷² . Otros ejemplos de reproducción indirecta es cuando se descarga de una red P2P una película grabada ilícitamente en una sala de exhibición, o la retransmisión por webcasting de la señal de televisión que retransmite un partido de futbol. Tanto unas como otras son objeto del derecho de reproducción. Para LÓPEZ MAZA (citando y siguiendo a BERCOVITZ ÁLVAREZ) por lo señalado más arriba en cuanto a que el término legal fijación comprende no sólo la fijación original, sino también la comunicación así como la obtención de copias de la obra, esta diferenciación entre reproducción directa e indirecta resulta innecesaria⁹⁷³ .

⁹⁷⁰ Ídem, Cita a BERCOVITZ ÁLVAREZ, GERMÁN, *Obra plástica y derechos de patrimoniales de autor*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁹⁷¹ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN. (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch, Pág. 142.

⁹⁷² DE ROMÁN PÉREZ, RAQUEL, *Obras, musicales, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2003, Pág. 276.

⁹⁷³ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág.12.

El artículo 18 comprende fijaciones “*que se realicen por cualquier medio o forma*”. El derecho de reproducción comprendería tanto las reproducciones analógicas como las realizadas en formato digital. Esto ha provocado que aunque en el génesis del Derecho de Autor se exigía que la obra se fijara en soporte material o tangible (“*corpus mechanicum*”), con el advenimiento de la tecnología digital se ha producido un fenómeno de “*desmaterialización*” de la obra ⁹⁷⁴. La obra, el contenido, se puede guardar ahora en un soporte electrónico, que incluso no tiene ya por qué estar en posesión del usuario (el usuario ya no tiene que guardar su contenido en su propio ordenador, este contenido puede estar almacenado en “*la nube*”, y el usuario puede acceder a él desde cualquier aparato capaz de acceder a ella). Este “*en cualquier medio o forma*” incluye medios o formas de fijación de contenido que se conozcan hoy, pero también las que no se hayan inventado o desarrollado aún, y se utilicen en el futuro.

Se ha desarrollado una evolución histórica en la calificación jurídica del transvase de una obra de un medio o forma a otro medio o forma, que ha pasado de considerarse una transformación de la obra a una reproducción pura y dura. GÓNZALEZ DE ALAIZA cita el caso alemán que resulta muy ilustrativo, puesto que se halla directamente conectado con el tema del límite de copia privada. La Ley alemana, en la § 19 Abs. 2 de su Ley sobre Derecho de Autor de 1901 consideraba la fijación de una obra en una cinta magnetofónica, disco de vinilo o similar como una transformación. Muy posteriormente, con la aparición de los reproductores de audio-casete, la legislación germánica pasó a considerar en la § 16 Abs. 2 de la UrhG de 1965 estas actuaciones como reproducciones de la obra, puesto que tales actividades no conllevan la adición de ninguna creatividad en el trasvase de la obra de un medio a otro. Además esta modificación legal permitió crear el límite de copia privada, que cobra todo su sentido con respecto al derecho de reproducción, pero no con respecto al de transformación. Hoy en día resulta claro que cualquier fijación de la obra en cualquier medio o forma con un mínimo de permanencia, y que no sea puramente técnica constituye una reproducción de la misma. En concreto, los actos realizados en el entorno digital que podrían ser objeto del derecho de reproducción son los siguientes:

- a. El almacenamiento de obras en memoria ROM ⁹⁷⁵, Los datos almacenados en memoria ROM que en principio no se pueden modificar, o requieren un proceso de sustitución

⁹⁷⁴ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág.11.

⁹⁷⁵ “*Read Only Memory*”

- de datos; es decir, hay que borrar los datos almacenados en este tipo de memoria antes de almacenar datos nuevos.
- b. La digitalización de obras, es decir su conversión de formato analógico al digital;
 - c. El “*uploading*” o almacenamiento de obras en un servidor (en una intranet, o en Internet);
 - d. El “*downloading*” o reproducción en la terminal informática del usuario (bien un ordenador, o un dispositivo móvil de tercera generación o superior) de archivos que se encuentren en un servidor;
 - e. El “*routing*” o las copias parciales y temporales que se realizan en los ordenadores que sirven de conexión entre el servidor y la terminal informática del usuario durante la transmisión de un archivo;
 - f. El “*caching*” que el ordenador servidor o el del usuario realizan con el objeto de acelerar el tráfico de archivos;
 - g. Las copias en memoria RAM ⁹⁷⁶ de la terminal informática del usuario ⁹⁷⁷. Es donde se almacenan las instrucciones que ejecutan el procesamiento o computación en un ordenador. Es decir, son copias necesarias para el funcionamiento del sistema informático.

También comprende el artículo 18 de la LPI las fijaciones que se realicen tanto de la totalidad de una obra o de parte de ella. De acuerdo con la Ley, por tanto, no importa la proporción o parte de la obra que haya sido copiada o fijada para que exista un acto que sea objeto del derecho de reproducción. El artículo 10.2 de la LPI señala que la copia del título de una obra es un acto de reproducción de la misma, siempre que este sea original ⁹⁷⁸. El derecho americano soluciona el problema de la dificultad de crear un título completamente original (a estas alturas de la historia) mediante uno de los derechos de propiedad industrial: el derecho de marcas comerciales.

⁹⁷⁶ “Random Access Memory”

⁹⁷⁷ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 39.

⁹⁷⁸ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN. (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch, Pág. 142.

GONZÁLEZ DE ALAIZA plantea el problema de qué porción o parte de la obra podría ser de libre reproducción dada su insignificancia. Si toda parte mínima de una obra (una palabra, una nota de una canción) estuviera sujeta a la autorización del autor para su reproducción, estaríamos ante el absurdo de que este podría utilizar su “*ius prohibendi*” sobre todos los autores posteriores que utilizaran esa parte de la obra. Según este autor existen dos teorías: (1) La que sigue un criterio económico, en la que el autor debe dar su consentimiento cuando la parte fijada perjudique la obra en el mercado ⁹⁷⁹ ; y (2) la que sigue un criterio de originalidad, en la que al autor puede prohibir todas aquellas fijaciones en que la parte de la obra afectada presente originalidad. Este autor termina por decantarse por la segunda ⁹⁸⁰ , aunque por razones prácticas la primera aún hoy goza de mucho sentido práctico. Estoy pensando en las webs de enlace en las que los enlaces “*hyperlink*” a películas son normalmente los carteles comerciales de las mismas. Está claro que el uso de estos carteles en estas circunstancias comporta un prejuicio económico al autor de la obra, que no ocurre cuando estos carteles (que son obras originales) se usan para el objeto para el que fueron concebidos: publicitar la película. El uso ilícito de estos carteles es un instrumento mucho más eficaz para el titular de derechos si se sigue el primer criterio, que si se sigue el segundo (aunque estos carteles normalmente tampoco carezcan de originalidad).

Aunque anteriormente hayamos señalado que los derechos de explotación son independientes entre sí (y al hecho de que efectivamente lo son en la práctica), el derecho de reproducción es un derecho previo, necesario e “*instrumental*” ⁹⁸¹ a los derechos de distribución o comunicación, ya que como hemos visto para que estos en el ámbito digital existan ha de preexistir una reproducción, ya que como defiende LESSIG, en tal ámbito (sobre todo la Red) todo acto realizado presupone la realización de una reproducción de un modo u otro.

En realidad también en España el derecho patrimonial o exclusivo de reproducción también es un “*ius prohibendi*”, puesto que como señala ESTEVE: “*El derecho de reproducción permite a su*

⁹⁷⁹ Cita el autor a RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coord. RODRIGO BERCOVITZ), Tecnos, Madrid, 1997. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 19.

⁹⁸⁰ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 22.

⁹⁸¹ S RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO *et al.* “*Manual de Propiedad Intelectual*”, (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO), Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, Pág. 87.

*titular impedir cualquier acto de reproducción de su obra y exigir el pago de una remuneración a cambio”*⁹⁸².

2.3 **El requisito de fijación de la obra.**

El requisito de fijación resulta germano y esencial al derecho de reproducción. Es este requisito tan importante que autores como GONZÁLEZ DE ALAIZA reducen los requisitos o características del derecho de reproducción a dos: en primer lugar, a que la obra esté fijada; en segundo, que esa fijación “*permita su comunicación o la obtención de copias*”⁹⁸³, aseverando inmediatamente después que estos requisitos no son iguales en importancia ya que el segundo se halla claramente subordinado al primero⁹⁸⁴. Yo incluso iría más lejos: el requisito de fijación es fundamental no solo para el derecho de reproducción, sino para el Derecho de Autor en general. Por ejemplo, la Ley sobre Copyright de los EE.UU.⁹⁸⁵ al describir lo que sea su objeto de derecho señala:

“Sección 102. Objeto del copyright: En general

(a) La protección del copyright subsiste, de acuerdo con este título, en obras de autoría original fijadas en cualquier medio de expresión tangible, conocido en la actualidad o que se desarrolle posteriormente, desde el cual puedan ser percibidas, reproducidas, o comunicadas de cualquier otro modo, directamente o con la ayuda de una máquina o aparato. Las obras de autoría incluyen las siguientes categorías:

- (1) Obras literarias.*
- (2) Obras musicales, incluyendo cualquier letra agregada.*
- (3) Obras dramáticas, incluyendo cualquier música agregada.*

⁹⁸² ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN. (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch, Pág. 141.

⁹⁸³ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 19.

⁹⁸⁴ Ídem. pág. 19.

⁹⁸⁵ Aunque parezca obvio, hay que señalar que el derecho de reproducción es de tal importancia que el Derecho de Autor en EE.UU. Recibe la denominación genérica literal de “derecho de copia;” es decir, derecho de reproducción.

- (4) *Pantomimas y obras coreográficas.*
- (5) *Obras pictóricas, gráficas y esculturales.*
- (6) *Obras cinematográficas y otras obras audiovisuales.*
- (7) *Las grabaciones musicales.*
- (8) *Las obras arquitectónicas.*

(b) *En ningún caso la protección sobre el copyright a una obra de autoría original se extiende a cualquier idea, procedimiento, sistema, método operativo, concepto, principio, o descubrimiento, sin que importe la forma en que esté descrito, explicado, ilustrado, o plasmado en tal obra”* ⁹⁸⁶ .

Es decir, que la legislación sobre copyright norteamericana considera la fijación como “*conditio sine qua non*” previa a cualquier protección del derecho de copia o reproducción ⁹⁸⁷ . Si no existe fijación lo que nos queda es la “*idea desnuda*” que no resulta susceptible de protección legal. La Ley sobre Copyright define lo que sea fijación del siguiente modo:

“Una obra está “fijada” en un medio tangible de expresión cuando su plasmación en una copia o fonograma, por, o bajo la autoridad del autor, es lo suficientemente permanente o estable para que se permita que sea percibida, reproducida o comunicada de otro modo por un periodo de duración más largo que una duración transitoria. Una obra que consista

⁹⁸⁶ **EE.UU. Copyright Act: § 102. “Subject matter of copyright: In general**

(a) *Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories:*

- (1) *literary works;*
- (2) *musical works, including any accompanying words;*
- (3) *dramatic works, including any accompanying music;*
- (4) *pantomimes and choreographic works;*
- (5) *pictorial, graphic, and sculptural works;*
- (6) *motion pictures and other audiovisual works;*
- (7) *sound recordings; and*
- (8) *architectural works.*

(b) *In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.”* (Traducción del autor).

⁹⁸⁷ Aunque pueda parecer obvio, en realidad no es baladí señalar que la palabra “copyright” significa literalmente derecho de copia o reproducción.

*en sonidos, imágenes o ambos, y que esté siendo transmitida, esta “fijada” para los propósitos de este título si la fijación de la obra se hiciera simultáneamente a su transmisión.”*⁹⁸⁸.

El moderno concepto amplio del derecho de reproducción, que se corresponde con la aceptación general de la idea de que el momento del acto de fijación es crucial en el sistema, pues es el momento en que surge legalmente el Derecho del Autor sobre su obra, tiene su origen en el CB, y más concretamente en la Conferencia de Estocolmo de 1967. Este concepto del derecho de reproducción, positivizado en el artículo 9 del CB, se basa como decíamos en el concepto de fijación: fijación que no necesita ser permanente, aunque pueda ser percibida, reproducida o comunicada de cualquier manera⁹⁸⁹.

Sin embargo la LPI al delimitar su objeto de derecho no habla de “fijación”, sino que emplea un término mucho más genérico y abstracto: “*expresión*”⁹⁹⁰. Pienso que el concepto “*expresión*” resulta claramente de escasa utilidad a efectos jurídicos prácticos para delimitar el momento en que nace un derecho de reproducción, así como el resto de los derechos patrimoniales⁹⁹¹, aunque

⁹⁸⁸ § Copyright Act 101. Definitions “A work is “fixed” in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is “fixed” for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission” (Traducción del autor).

⁹⁸⁹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009, Pág. 147.

⁹⁹⁰ Artículo 10 del TRLPI. *Obras y títulos originales*

“1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

- a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.
- b) Las composiciones musicales, con o sin letra.
- c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.
- d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.
- e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.
- f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.
- g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.
- h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
- i) Los programas de ordenador.

2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella”.

⁹⁹¹ Diccionario RAE. Vigésima Segunda Edición (2005): *expresión*. (Del lat. *expressio*, -ōnis): 1. f. Especificación, declaración de algo para darlo a entender. 2. f. Palabra o locución. 3. f. Efecto de expresar algo sin palabras. 4. f. Viveza y propiedad con que se manifiestan los afectos en las artes y en la declamación, ejecución o realización de las

quizá sea útil desde el punto de vista filosófico para determinar el nacimiento de los derechos morales del autor sobre su obra. El uso del término expresión también podría tener cierta utilidad para permitir que se reconozcan derechos de autor sobre obras que inicialmente no se fijen en un medio o soporte tangible; por ejemplo, los discursos, conferencias, y explicaciones de cátedra contempladas en el artículo 10 de la LPI ⁹⁹². No obstante, lo que acabamos de señalar no significa que en la legislación norteamericana los discursos, conferencias, y explicaciones de cátedra queden fuera del ámbito de protección legal del derecho de copia, sino simplemente que sólo son susceptibles de protección una vez que se hayan fijado y no antes ⁹⁹³. A mi modo de ver el término “*expresión*” es poco afortunado en términos de técnica jurídica, puesto que el término “*fijación*” plantea menos problemas en relación con la relación de la LPI en relación con el artículo 20.1 a) de la CE.

La Ley sobre copyright de EE.UU. no recoge en su articulado su hecho generador, sino que lo hace nacer directamente de los requisitos de “*fijación*”, y “*originalidad*” de la obra objeto de derecho. La Ley española sí que lo recoge, señalando que los derechos de propiedad intelectual nacen de la “*creación*” ^{994 995}. Por lo tanto en España “*como se desprende del art. 1 de la LPI, la creación de*

obras artísticas. 5. f. Cosa que se regala en demostración de afecto a quien se quiere obsequiar. 6. f. En farmacia, zumo o sustancia exprimida. 7. f. *Ling.* plano de la expresión. 8. f. *Ling.* Aquello que en un enunciado lingüístico manifiesta los sentimientos del hablante. 9. f. *Ling.* En algunas corrientes de la fraseología, combinación lexicalizada de palabras que no permite variación morfológica. 10. f. *Mat.* Conjunto de términos que representa una cantidad. 11. f. p. us. Acción de exprimir. 12. f. pl. memorias (|| saludo por escrito o por medio de tercera persona). ~ algebraica. 1. f. *Mat.* expresión analítica que solo contiene aquellas funciones calculables con las operaciones del álgebra, es decir, la suma, la multiplicación y sus inversas. ~ analítica. 1. f. *Mat.* Conjunto de números y de símbolos ligados entre sí por los signos de las operaciones del análisis matemático. ~ corporal. 1. f. Técnica practicada por el intérprete para expresar circunstancias de su papel por medio de gestos y movimientos, con independencia de la palabra. ~ genética, o ~ génica. 1. f. *Biol.* Proceso mediante el que la información contenida en la estructura química del ácido desoxirribonucleico de los genes se manifiesta en las estructuras de las proteínas. reducir algo a la mínima ~. 1. loc. verb. Mermarlo, disminuirlo todo lo posible. valga la ~. 1. expr. U. por el hablante para tratar de pedir disculpas o la aceptación de alguna deficiencia o inexactitud verbal de la que es consciente.

⁹⁹² Ídem.

⁹⁹³ Como ejemplo significativo podríamos señalar el caso sobre el famoso discurso “*I have a dream...*”, pronunciado por el Dr. Martin Luther King Jr. ante una multitud en las escaleras del Monumento Lincoln en Washington el 28 de agosto de 1963. Posteriormente, en septiembre del mismo año el Dr. King registró su discurso en la Biblioteca del Congreso de EE.UU., y procedió a demandar a todos aquellos que estuvieran comercializando copias del mismo. El copyright sobre el discurso nació en el momento de la fijación (y esta se puede dar de diversas formas: mediante la reproducción escrita, o la grabación del mismo), aunque resulta evidente que la expresión del discurso concedía al Dr. King un derecho potencial sobre el mismo, sólo mediante la fijación pudo consolidar su “*ius prohibendi*”. King v. Mister Maestro, Inc., 224 F. Supp. 101 (S.D.N.Y. 1963).

⁹⁹⁴ Artículo 1. Hecho generador: “*La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación.*”.

⁹⁹⁵ Diccionario RAE. Vigésima Segunda Edición (2005): Creación. (Del lat. *creatio*, -ōnis): 1. f. Acción y efecto de crear (|| establecer). 2. f. Acción y efecto de crear (|| instituir). 3. f. Acción de crear (|| hacer a alguien lo que antes no

una obra no precisa de su fijación”⁹⁹⁶. ESTEVE señala que “No son reproducciones las fijaciones de obras que tienen lugar en el momento en que se crea la obra (por ejemplo, el pintor de un bodegón que al crear su obra la fija, no la reproduce). Dichas fijaciones no son un acto de explotación de obras puesto que son realizadas por el propio autor al crear la obra”⁹⁹⁷. El Convenio de Berna no obstante, en su artículo 2.2, posibilita la existencia simultánea y alternativa de los dos modelos cuando señala lo siguiente: “Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.”⁹⁹⁸. En España consecuentemente aunque la fijación no es necesaria desde el punto de vista teórico para la existencia de un Derecho de Autor determinado, en la práctica sí que representa un prerequisite indispensable para la protección no solo del derecho de reproducción del autor, sino para el resto de sus derechos patrimoniales.

GONZALÉZ DE ALAIZA recoge algunas de las definiciones existentes en la doctrina respecto del acto de fijación:

“BONDIA la define como la “transposición de la obra ya creada a un medio que permita hacerla accesible a una pluralidad de personas”⁹⁹⁹; mientras que MARCO entiende que este término es equivalente a la “incorporación de la obra a una base material o soporte

era). 4. f. Acto de criar o sacar Dios algo de la nada. ORTOGR. Escr. con may. inicial. 5. f. mundo (l conjunto de todas las cosas creadas). 6. f. Obra de ingenio, de arte o artesanía muy laboriosa, o que revela una gran inventiva. *Su discurso nos sorprendió porque fue toda una creación* 7. f. ant. crianza (l acción y efecto de criar).

Crear. (Del lat. *Creāre*): 1. tr. Producir algo de la nada. *Dios creó cielos y tierra*. 2. tr. Establecer, fundar, introducir por vez primera algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado. *Crear una industria, un género literario, un sistema filosófico, un orden político, necesidades, derechos, abusos*. 3. tr. Instituir un nuevo empleo o dignidad. *Crear el oficio de condestable*. 4. tr. Hacer, por elección o nombramiento, a alguien lo que antes no era. U. especialmente referido a dignidades muy elevadas, por lo común eclesiásticas y vitalicias. *Fue creado Papa. Será creado cardenal*. 5. tr. ant. criar (l nutrir).

⁹⁹⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 19.

⁹⁹⁷ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN. (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch, Pág. 141.

⁹⁹⁸ Artículo 2 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886 (actualizado en 1979)

⁹⁹⁹ Ídem. pág 19. Citando a F. BONDÍA ROMÁN, en J.M. RODRIGUEZ Y BONDÍA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1ª ed., Madrid, 1997, pág 97.

físico”¹⁰⁰⁰; y por último RIVERO insiste que, pese al silencio legal, el medio o soporte en que se realiza la fijación debe ser físico, material, o tangible y perceptible por los sentidos¹⁰⁰¹ ».

GONZALEZ DE ALAIZA señala que la fijación requiere de la existencia previa de una obra. Este elemento es destacado también por ESTEVE: “*La fijación, como acto de reproducción y por tanto de explotación, tiene lugar una vez creada la obra¹⁰⁰² cuando esta se incorpora en un soporte material o se almacena en algún soporte de memoria, a fin de facilitar la obtención de copias o su comunicación, es decir, que la obra pueda ser vista u oída por el propio copista, o un tercero.*”. Como hemos visto ya, en países como EE.UU. este requisito de creación previa no existe^{1003 1004}, lo que no es óbice para que la Ley proteja a los autores con gran eficacia práctica. Personalmente tiendo a estar más de acuerdo con el pensamiento americano, en el sentido de que en lugar de utilizar conceptos tan abstractos como “*creación*”¹⁰⁰⁵, prescribe que una vez que se fija una obra original en un soporte tangible, y se realiza la primera copia (o copias) de la obra, que tenga un mínimo de originalidad, esa obra está automáticamente protegida por la Ley de Copyright. Este método permite fijar con mayor rigor el momento temporal exacto en que la protección jurídica sobre la obra empieza a operar¹⁰⁰⁶. Al equiparar fijación con creación, definir lo que sea el derecho posterior de reproducción resulta una tarea mucho más sencilla¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁰ Ídem. Citando a J. MARCO MOLINA, *La propiedad intelectual en la legislación española*, 1ª ed. Madrid. 1995, pág. 227.

¹⁰⁰¹ Ídem. Citando a F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, (coord. R. BERCOVITZ), 2ª ed., Madrid 1997, pág. 321.

¹⁰⁰² ¿Y por qué no simultáneamente?

¹⁰⁰³ EE.UU. Copyright Act: § 102 V nota X

¹⁰⁰⁴ Siendo un concepto obvio, que la creación ha de existir al menos simultáneamente a la fijación, se omite puesto que la legislación americana no tomaba en consideración los derechos morales, que es donde el concepto de creación tiene algún sentido práctico en términos de técnica legislativa.

¹⁰⁰⁵ Sin duda resultado de la concepción europea de los derechos morales como una extensión de la personalidad del autor.

¹⁰⁰⁶ Al menos “*erga omnes*”, porque ya vimos que con respecto a un usuario determinado hay que fijarse en el momento de “*uso activo*” o exteriorización de la obra. .

¹⁰⁰⁷ De hecho la Copyright Act americana no se preocupa por definir reproducción, pues al ligar fijación y creación, esto resulta redundante e innecesario. En su lugar, la Sección 106 (1) de dicha Ley dice: “*Con sujeción a las secciones 107 a 122, el propietario del copyright tiene los derechos exclusivos a hacer y autorizar cualquiera de las siguientes acciones:*

(1) *a reproducir la obra sujeta al copyright en copias o fonogramas*”.
 (“*Exclusive rights in copyrighted work: Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:*

(1) *to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords.*”). (Traducción del autor).

No obstante, a efectos prácticos y relevantes al tema que nos ocupa, ambas posturas nos llevan a la misma conclusión: verbigracia, si no existe fijación, no existe reproducción. A la misma conclusión llega ESTEVE, que explica su argumentación de la siguiente manera:

“Desde esta perspectiva, y a los efectos del art. 18 LPI, no hay ninguna diferencia entre el acto de reproducción que tiene lugar mediante la fijación de una obra y el acto de reproducción consistente en la obtención de copias de dicha obra. Una vez creada la obra, la fijación es el acto de reproducción que tiene lugar al incorporarse la obra en un soporte para poder realizar copias sucesivas de ella o facilitar su comunicación. Por ejemplo, la fotocopia de un libro o la grabación de una canción son fijaciones de obras ya creadas porque permiten obtener copias (copias de esa fotocopia o copias de esa grabación) y facilitan la comunicación de la obra (la fotocopia permite ver la obra y la grabación que se pueda oír).

Pero las copias obtenidas a través de una fijación (las copias de aquella fotocopia o las copias de aquella grabación) son a la vez nuevas fijaciones que permiten obtener sucesivas copias y facilitar de nuevo la comunicación de la obra. Dicho de otra manera, desde el punto de vista del artículo 18 LPI, toda fijación es una copia de una obra ya existente y toda obtención de copias es una nueva fijación. No cabe distinción entre fijación y obtención de copias como actos de reproducción”¹⁰⁰⁸.

Nos expone asimismo GONZALEZ DE ALAIZA que el derecho de reproducción ha ido evolucionando desde una concepción originaria similar a lo que representaría hoy la publicación o la actividad previa de obtención de copias (es decir, a regular actos de realización de una pluralidad de ejemplares), al momento actual en que cae dentro del ámbito de actuación del derecho de reproducción cualquier actuación que implique una fijación de la obra, incluso si esta

¹⁰⁰⁸ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN. (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch, Pág. 142.

es la primera fijación que se realice de la misma ¹⁰⁰⁹. Para este autor, que sigue en lo esencial el planteamiento de MARCO MOLINA ¹⁰¹⁰, esta nueva concepción del derecho vino a poner solución a una serie de problemas, de los que nos interesa analizar especialmente uno. Con anterioridad, al considerarse la reproducción como multiplicación y no como fijación, la obtención de una sola copia de la obra no resultaba suficiente para infringir el derecho de reproducción. Con el advenimiento de la copia digital, y de las redes P2P en Internet, la obtención de una sola copia no divulgada de una obra, por una sola persona que la introduzca en una de estas redes, produce una difusión exponencial de la obra, a veces en un periodo de tiempo tan corto como pueda ser un día (o incluso unas horas). Si la obra se hubiera divulgado y comercializado por medio de un canal de explotación determinado (por ejemplo, una película que se exhibe en un cine), su puesta a disposición a través de la Red puede significar una merma considerable en su recaudación en ese mismo canal de explotación determinado (en salas de cine), así como en los subsiguientes canales de explotación (DVD en alquiler o en venta, etc...). Tal cosa podría significar un impacto negativo sustancial en las expectativas de recaudación de los autores, titulares de derechos afines, e intermediarios sobre los derechos de explotación sobre esa obra. En palabras de GONZÁLEZ DE ALAIZA, “...si bien una sola copia no es apta para llevar a cabo la publicación impresa o edición de la obra, sí que es suficiente para realizar actuaciones posteriores de multiplicación o de comunicación pública. Por tanto, se imponía la necesidad de proteger al autor en esta primera fase de la explotación, lo que necesariamente debía de hacerse a través del derecho de reproducción” ¹⁰¹¹.

Por último, se hace necesario mencionar la modificación que la Ley 23/2006, de 7 de julio opera sobre el concepto de fijación, con el objeto de delinear el límite entre conductas permitidas y no permitidas de acuerdo con la LPI, aunque la redacción anterior ya resultaba suficientemente clara ¹⁰¹², y así se entendía de manera reiterada por parte de los tribunales. La fijación, en todas sus formas y posibilidades quedaba recogida en el tenor de la norma. No obstante hay que recordar

¹⁰⁰⁹ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 14.

¹⁰¹⁰ MARCO MOLINA, JUANA, *la propiedad Intelectual en la legislación española*, 1ª ed., Marcial Pons Ediciones, Madrid, 1995, Pág. 322-325.

¹⁰¹¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, Pág. 15.

¹⁰¹² “Reproducción. Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.”

que la actual redacción de la norma es fruto de la trasposición al derecho nacional de la DDASI, que intenta especificar el concepto de fijación en su artículo 2 ¹⁰¹³ .

En suma: la fijación de la obra en cualquier medio o forma constituye un acto de reproducción. Con independencia de que hablemos de la fijación de un original, de la fijación de una copia, o de la fijación de una copia resultante de una copia, el acto de fijación de una obra es un acto de reproducción, y como tal ha de estar autorizado por el titular de derechos, o en su defecto permitido por la Ley. Lo anterior se predica con la excepción de algunas fijaciones provisionales, que no se consideran reproducciones a efectos jurídicos legales.

2.4 **Fijaciones provisionales o permanentes.**

GARROTE nos explica que *“dentro del mecanismo normal de funcionamiento de la Red existen algunas reproducciones «especiales» respecto de las cuales debiéramos plantearnos si se aplica el derecho de reproducción, puesto que si no estamos ante reproducciones en sentido legal no tiene sentido afirmar que puedan ser objeto de la excepción de copia privada ¹⁰¹⁴ ”*. Son las llamadas reproducciones provisionales.

La concepción tradicional del derecho de reproducción en la era analógica significaba que cada acto de reproducción de una obra significaba un aumento potencial del número de usuarios de la misma ¹⁰¹⁵ . En la era digital esto ya no es así, porque la arquitectura técnica y el mismo funcionamiento de Internet suponen que en el proceso de una navegación ordinaria por la Red se realizan un número ingente de copias digitales por parte de los usuarios. LOPEZ MAZA señala, a

¹⁰¹³ “Artículo 2 DDASI. Derecho de reproducción. Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) a los autores, de sus obras;
b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;
d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;
e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite”.

¹⁰¹⁴ ¹⁰¹⁴ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 4.

¹⁰¹⁵ GONZALEZ DE ALAIZA pone el siguiente ejemplo: dos copias de un disco de vinilo analógico pueden ser escuchadas en teoría, y de manera potencial por el doble de personas. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., Op. Cit. Pág.61.

modo de ejemplo, que en el proceso de descarga de una fotografía en Internet se pueden producir hasta siete copias distintas de la misma ¹⁰¹⁶. Muchas de estas reproducciones, sin embargo, tienen simplemente un carácter instrumental respecto del acto principal de comunicación pública, y por tanto su realización no significa un aumento simultáneo del número de usuarios potenciales de las obras así reproducidas, puesto que en muchas ocasiones estas reproducciones ni siquiera serán percibidas por el usuario.

Dichas reproducciones, las llamadas reproducciones provisionales, representan una necesidad técnica, puesto que el proceso de transmisión de contenidos a través de Internet implica necesariamente un número variable de reproducciones intermedias. El legislador y la doctrina se han preguntado por su naturaleza, y más concretamente sobre si estarían excluidas del derecho de reproducción, o por el contrario incluidas en él, y por tanto si serían susceptibles de ser objeto de un límite legal a este fundamental derecho. El motivo, como veremos, es que si el autor hubiera de autorizar todas las reproducciones provisionales técnicas que se hacen en de su obra en el proceso de comunicación pública mencionado, el propio funcionamiento de la Red sería legalmente inviable.

Aunque la LPI no hace distinciones en cuanto a su regulación, la doctrina coincide en que existen cuatro tipos de reproducciones provisionales relevantes que constituyen realidades distintas y que deberían ser consideradas por separado ¹⁰¹⁷. Estos cuatro tipos de reproducciones son: (1) las copias efímeras; (2) las copias RAM; (3) las copias caché; y (4) las reproducciones temporales.

Las reproducciones provisionales, en antítesis con las reproducciones permanentes, son aquellas que no tienen vocación de perdurar ¹⁰¹⁸. Para MARTÍN SALAMANCA las reproducciones que se regulan en el artículo 31.1. de la LPI (el mismo artículo que regula en su punto 2º el límite de copia privada) son determinados actos de reproducción de obras o prestaciones protegidas que pueden realizarse libremente, y que no requieren de autorización, transferencia, licencia o pago

¹⁰¹⁶ A saber: una en cada una de los modem de los ordenadores del servidor y del cliente, una en la memoria RAM del ordenador del usuario, otra en el navegador, y dos en las tarjetas gráficas. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009, Pág. 135. Toma la cita de HAYES, DAVID L., «Advances Copyright Issues in the Internet», en *Texas Intellectual property law Journal*, vol. 7, 1998, Pág. 5.

¹⁰¹⁷ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág.136-168.

¹⁰¹⁸ DE ROMÁN PÉREZ, RAQUEL, Op. Cit. Pág.276.

alguno ¹⁰¹⁹. GARROTE por su parte piensa que resulta importante precisar tanto como sea posible cual sea el objeto de las exenciones del artículo 31.1. de la LPI, puesto que aquellas que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación no podrán ser consideradas reproducciones en el sentido legal del término, y por tanto los actos de realización de tales reproducciones no devengaran efectos jurídicos como los emanados de un acto ordinario de reproducción. Por lo tanto el grado de precisión que tenga el artículo 31.1 de la LPI respecto a lo que sean reproducciones provisionales en el sentido legal “*condicionará el ámbito objetivo de la excepción de copia privada del artículo 31.2 de la LPI (si no estamos ante reproducciones no tiene sentido plantearse si son para «uso privado de una persona física»)*” ¹⁰²⁰. Es decir, el artículo 31.1 de la LPI delimita directamente el concepto mismo de reproducción, e indirectamente los límites impuestos al mismo por el ordenamiento jurídico, como por ejemplo el límite de copia privada.

El artículo 31.1. de la LPI nos dice entonces lo siguiente:

“No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la Ley”.

Este artículo es la transposición del artículo 5.1. de la DDASI, que resulta de obligatoria trasposición para los Estados miembros de la UE. En tal sentido se pronuncia el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (Ley 23/2006), y que explica: “*Esta Ley introduce el límite obligatorio: el previsto sobre exención de ciertas reproducciones provisionales de carácter técnico. Este límite responde, fundamentalmente, a la lógica del funcionamiento de los sistemas de transmisión de redes, en las*

¹⁰¹⁹ MARTÍN SALAMANCA, SARA. (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch, Pág. 209.

¹⁰²⁰ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 20.

que es necesario realizar una serie de fijaciones provisionales de carácter técnico con objeto de que las obras y prestaciones puedan ser utilizadas por el usuario. Estas reproducciones forman parte en sí mismas del funcionamiento de la red y, por tanto, quedan configuradas como excepción al derecho de reproducción". El artículo 5.1. de la DDASI se lee de la siguiente manera:

"Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o

b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2."

Por su parte el Considerando 33 de la DDASI arguye lo siguiente:

"Conviene establecer una excepción al derecho exclusivo de reproducción para permitir determinados actos de reproducción provisionales, que sean reproducciones transitorias o accesorias, que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado con la única finalidad de permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación. Tales actos de reproducción deben carecer en sí de valor económico. En la medida en que cumplan estas condiciones, la excepción mencionada debe cubrir asimismo los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional, incluidos los que permitan el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión, siempre y cuando el intermediario no modifique la información y no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. La utilización se considerará lícita en caso de que la autorice el titular del derecho o de que no se encuentre restringida por la ley."

La mayoría de la doctrina coincide en que las reproducciones provisionales han de tener las siguientes características, que también quedan reflejadas en el Considerando 33 de la DDASI:

(1) Carecen por sí mismas de una significación económica independiente.

MARTÍN SALAMANCA matiza este requisito explicándonos que los resultados obtenidos por una reproducción provisional no han de constituir económicamente una competencia para la obra o prestación protegida que se haya reproducido. Una reproducción duradera, por ejemplo una copia de una película descargada de una red P2P, que se guarda en el disco duro del ordenador evidentemente representaría una competencia directa (y desleal) para otras forma de exhibición de la película. La misma película reproducida en la memoria RAM por razón de su visionado vía “streaming” de forma no autorizada, también entraría en competencia directa (y desleal) con los derechos de explotación pertenecientes a los autores o a sus asimilados. En estos dos casos, estamos hablando de reproducciones de pleno derecho, que son objeto del Derecho de Autor de idéntica manera a como lo sería una copia en DVD de la misma película comercializada en unos grandes almacenes.

(2) Son transitorias o accesorias.

Estamos hablando aquí del carácter subordinado o no independiente de una reproducción provisional. *“Se trata de una reproducción que no puede generar ejemplares y además que no es el fin a que tiende el proceso en que se incardina. Es una reproducción medial: sirve a un propósito comunicativo, pero no es fin económico en sí misma. Se extingue en esta actividad medial y, por tanto, no podrá ser recuperada o reutilizada por el consumidor”*¹⁰²¹.

(3) Forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico.

Son reproducciones necesarias¹⁰²² condicionadas por la propia arquitectura de la Red para la transmisión o comunicación de contenidos. Si no se realizaran estas reproducciones no se podrían transmitir archivos vía Internet de un ordenador a otro. Son “*conditio sine qua non*” para la navegación en la Red.

¹⁰²¹ MARTÍN SALAMANCA, SARA. (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch, Pág. 209.

¹⁰²² Aunque como veremos esto no resulta cierto en el caso de las llamadas “copias caché”.

(4) Su finalidad consiste en facilitar, bien una transmisión en red entre terceras partes, por un intermediario, o bien una utilización lícita.

- a. Cuando el artículo 31.1. de la LPI habla de transmisiones destinadas a posibilitar una transmisión en red entre terceras partes se refiere a los casos en que se transmite una obra o prestación protegida a través de Internet, e interviene en este proceso de transmisión un operador de redes o un proveedor de acceso (por ejemplo, TELEFÓNICA). El régimen jurídico de estos actores se halla regulado en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- b. Cuando este mismo artículo habla de las reproducciones que sirven a una utilización lícita se refiere a los casos en que el autor ha autorizado la reproducción para la distribución o comunicación pública de su obra en la red, o para los supuestos de reproducción que afecten a obras o servicios sujetos a licencia “*creative commons*”, para reproducciones de obras en el dominio público, o para reproducciones que no necesiten de una autorización para ser reproducidas por estar cubiertas por uno de los límites al derecho de reproducción del Capítulo II, del Título III, del Libro I de la LPI, o incluso a reproducciones de obras que se encuentren en el dominio público. Como quien puede lo más puede lo menos, si la reproducción principal es lícita, también lo serán las reproducciones provisionales imprescindibles para su transmisión ¹⁰²³.

Por último tenemos que subrayar que las cuatro características han de darse al mismo tiempo para que nos encontremos ante una reproducción provisional objeto del límite del artículo 31.1 de la LPI.

No obstante, piensa GARROTE que la razón de que algunas reproducciones provisionales se encuentren exentas de la autorización de los titulares de derecho, como señala la LPI, no es que exista un interés público que justifique una limitación al derecho de la propiedad, como ocurre con el resto de los límites a los derechos de explotación del Capítulo II, del Título III, del Libro I de la

¹⁰²³ Y quizá también las que faciliten de manera eficaz su transmisión, como las “*copias caché*”.

LPI. La razón de que estén exentas de tal autorización ¹⁰²⁴ es que se debe entender que “*no son actos de reproducción en sentido jurídico*”; aunque sí en sentido informático o técnico. Para este autor en lugar de la solución elegida, que es aceptar un concepto muy amplio de reproducción en el artículo 18 de la LPI, y crear una excepción “*ad hoc*” a este en el artículo 31.1 de esta Ley, hubiera sido mejor haber refinado más el concepto de reproducción del artículo 18, para excluir del mismo “*actividades meramente instrumentales asociadas a otros derechos exclusivos, como el derecho de puesta a disposición del público*” ¹⁰²⁵ . Además, este autor considera acertadamente que es un error regular en el 31.1. de la LPI todas las reproducciones provisionales ya estas resultan en el fondo muy distintas entre sí ¹⁰²⁶ . Pasemos a analizar de manera individualizada algunas de ellas.

2.4.1 **Las copias efímeras.**

Las copias efímeras son aquellas copias que se realizan en los puntos intermedios de la Red durante el proceso de transmisión de las obras y prestaciones desde un punto a otro ¹⁰²⁷ . Se realizan pues en los ordenadores intermedios de Internet entre el emisor de un archivo y su destinatario (enrutadores, servidores intermedios) ¹⁰²⁸ , y son copias meramente técnicas ya que el usuario nunca llega a percibirlas, por lo que en ningún caso son estas las reproducciones que posteriormente se distribuyen o comunican al público. Las copias efímeras han sido excluidas del derecho de reproducción del artículo 2 de la DDASI por su artículo 5.1. Por tanto debieran haber sido asimismo excluidas del objeto del derecho de reproducción en el artículo 18 de la LPI; pero sin embargo en la LPI se engloban en las reproducciones provisionales del artículo 31.1. GARROTE defiende que es incorrecto aseverar que una copia efímera es una reproducción provisional ya que ni siquiera llega a tal status, y esto es porque no son reproducciones en sentido legal ya que su única finalidad es posibilitar desde un punto de vista de arquitectura de la Red la

¹⁰²⁴ El autor revela que en el Borrador de Anteproyecto del texto Refundido de la LPI, el propuesto artículo 31.1 comenzaba diciendo “*Están exentos del derecho de reproducción (...)*”, para cambiar posteriormente al definitivo “*no necesita autorización del autor (...)*”. La primera redacción implicaría que si las reproducciones provisionales estuvieran exentas del Derecho de Autor, lógicamente significaría que no sería necesaria ninguna excepción que las permitiera, lo que para este autor revelaría la “mala conciencia” de su redactor. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, Op. Cit. Pág. 22.

¹⁰²⁵ Ídem.

¹⁰²⁶ Ídem. Pág. 23.

¹⁰²⁷ BERCOVITZ RÓDRIGUEZ-CANO, RODRIGO, en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, VV.AA. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 41.

¹⁰²⁸ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, Op. Cit. Pág. 4.

comunicación al público o puesta a disposición de la obra o prestación, incluso con un concepto tan amplio de lo que sea objeto del derecho de reproducción como el utilizado por la DDASI y por la Ley de Propiedad Intelectual vigente ¹⁰²⁹ .

No obstante, parece más que resulta más que evidente que (1) la copias efímeras carecen de significación económica, puesto que los actos de reproducción efímeros son transitorios y las copias efímeras son accesorias, y que la realización de copias efímeras (3) es parte integrante y esencial de un proceso tecnológico (4) cuya única finalidad consiste en realizar una transmisión en red entre terceras partes por parte de un intermediario.

De manera similar, nos explica LOPEZ MAZA que la mejor doctrina afirma de manera reiterada y constante que las copias efímeras no precisan autorización para realizarse por los siguientes motivos:

- (1) No se consideran reproducciones en el sentido del artículo 2 de la DDASI o del artículo 18 de la LPI puesto que no tienen como función un uso o disfrute ulterior de la obra o prestación.
- (2) Su función es facilitar la reproducción definitiva de la obra o prestación.
- (3) Porque tienen carácter instrumental, es decir, no gozan de significación económica independiente ¹⁰³⁰ .

Por último, hay que señalar que no hay que confundir las reproducciones efímeras con las grabaciones efímeras del artículo 36.3 de la LPI; que son “*aquellas copias realizadas por las entidades de radiodifusión para registrar la obra o prestación, por sus propios medios y para sus propias emisiones, con el objeto de realizar, por una sola vez, la comunicación pública autorizada de ese contenido protegido*” ¹⁰³¹ . Por tanto, estas copias tienen la característica de ser efímeras,

¹⁰²⁹ Señala GARROTE que la mejor doctrina lo entiende así, y menciona a DREIER., T., *Urheberrecht und digitale Werkverwertung*, Friedrich Ebert Stiftung, Bonn, 1997, Pág. 23; ERNST, S., «Urheberrechtliche Probleme bei der Veranstaltung von On-demand-Diensten», G.R.U.R., 1997, Pág. 593.; FICSOR, M. «Digital Transmissions in Information Networks and the International Harmonization of Copyright », *SOFTIC International Symposium '95: Problems of International Property Rights in the Context of Information Networks*, 1995, Tokio, Pág. 179-80; LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, Litec, París, 2ª ed., 2006, Pág. 130. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, Op. Cit. Pág. 26.

¹⁰³⁰ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág.136-37.

¹⁰³¹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág.137.

no por la duración de la copia que es permanente, sino porque se emiten una sola vez tras su reproducción a efectos de divulgación.

También hay que diferenciar las copias efímeras de las reproducciones que se producen en los “routers”. Las copias efímeras son copias completas de la obra o prestación, mientras que las reproducciones que se producen en los “routers”, son copias parciales, ya que lo que se reproducen son los distintos paquetes de datos en que se divide la obra al realizar la transmisión de la misma, y que como sabemos, se vuelven a unir en el ordenador de destino para configurar de nuevo la obra completa tal y como la envió el emisor. Aunque para LOPEZ MAZA las reproducciones que se producen en los “routers” son reproducciones sometidas al límite del artículo 31.2 de la LPI ¹⁰³², parece claro que están excluidas del derecho de reproducción por los mismos motivos argumentados por GARROTE respecto a las copias efímeras (su única finalidad es posibilitar desde un punto de vista de arquitectura de la Red la comunicación al público o puesta a disposición de la obra o prestación).

2.4.2 **Las copias “caché” del sistema.**

Las copias “caché” no resultan necesarias desde un punto de vista técnico para la transmisión de datos, obras o prestaciones a través de Internet, sino que su función consiste en facilitar el tráfico en la Red; es decir, que los usuarios puedan acceder a contenidos con mayor rapidez, y que las webs no se congestionen cuando exista un tráfico excesivo. El llamado “caching” es el almacenamiento temporal o provisional de contenidos en la memoria de un ordenador. El término, aplicado a Internet, se refiere a la realización de copias “caché” por los operadores de servicio, o proveedores de acceso, así como a los buscadores de la Red (como, por ejemplo Google), con el objeto de aumentar la velocidad de acceso del usuario a páginas web, y para permitir a un número mayor de usuarios acceder simultáneamente a una misma web ¹⁰³³.

Existen dos tipos de “caching”: (1) copias “caché” locales, o “client caching”, y el (2) copias “caché” del sistema, o “proxy caching”. (1) El “client caching” ocurre cuando un ordenador accede a una web por medio de un buscador. Cuando el usuario intente acceder a esta web, el buscador

¹⁰³² LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág.138.

¹⁰³³ TAMBER, CHRISTIAN, *Internet Caching, Something to Think about*, 67 UMKC Law Review, Pág. 477, 1999.

indagará rápida y automáticamente en el ordenador del usuario para determinar si la memoria del ordenador contiene una copia de la web solicitada (por ejemplo, en caso que el usuario haya accedido a esa misma web recientemente). Si existe una copia en la memoria caché local del ordenador del usuario, el buscador mostrara esa copia al usuario en el acto. Si por el contrario la memoria del ordenador no contiene una copia de la web solicitada, el buscador transmitirá una copia de la web vía Internet, y simultáneamente guardará una copia en la memoria caché local del ordenador. (2) El “*proxy caching*” ocurre cuando el proveedor de acceso a Internet almacena una copia de la web en su propio servidor. Así, al igual que ocurre con el “*client caching*”, cuando el usuario solicita una determinada web, el operador de servicio buscará en su propio servidor para ver si existe una copia de la web solicitada. Si existiera, el servidor mostrará la versión guardada al usuario, en vez de transmitírsela desde su origen; es decir, desde el ordenador o servidor que almacene la web “original”. Si no existiera, transmitirá la web desde su origen al usuario vía Internet, y guardará una copia simultáneamente en su servidor ^{1034 1035} .

El “*proxy caching*” es esencial para el funcionamiento de Internet, hasta el punto que sin la utilización del “*caching*” la infraestructura de la red probablemente se bloquearía ¹⁰³⁶ . Tanto el legislador europeo como el español han tomado esto muy en cuenta, y a la luz del Considerando 33 de la DDASI podemos entender que su artículo 5.1 incluye en su ámbito de actuación los actos de almacenamiento provisional que permitan un funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión. El “*caching*” se regula en España de acuerdo con el artículo 31.1 de la LPI, en conexión con el artículo 15 de la LSSI. De manera breve ¹⁰³⁷ podríamos señalar que a diferencia de las reproducciones efímeras las “*copias caché*” se consideran acertadamente reproducciones en sentido jurídico de acuerdo con el artículo 18 de la LPI, y no obstante encajan en la definición de reproducciones provisionales contenida en el artículo 31.1 de la LPI, ya que se trata de reproducciones ancillares o accesorias respecto a la puesta a disposición a los usuarios de obras o prestaciones protegidas. Las “*copias caché*” son entonces reproducciones transitorias, aunque su

¹⁰³⁴ TAMBER, CHRISTIAN, Op. Cit. Pág. 477.

¹⁰³⁵ Su se necesita consultar un excelente análisis técnico sobre el “*caching*” ver BENNETT, JESSE L., *Caching In on the Google Books Library Project: A Novel Approach to the Fair Use Defense and the DMCA Caching Safe Harbors*, 35 Fla. St. U.L. Rev. 1003, 2008.

¹⁰³⁶ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág. 139; GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, Op. Cit. Pág. 33.

¹⁰³⁷ Para un análisis jurídico más profundo, ver GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 8-9, 32-36; LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009, Pág. 138-142.

duración se puede extender de manera bastante prolongada en el tiempo, y forman parte integrante y esencial ¹⁰³⁸ de un proceso tecnológico, puesto que su finalidad consiste en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, o bien una utilización ordinaria de la Red por parte de los usuarios.

En cuanto la primera condición para que las “*copias caché*” sean consideradas reproducciones provisionales, el que estas no tengan por sí mismas un significado económico independiente, coincido con GARROTE en que sí que lo tienen, y a veces de gran importancia ¹⁰³⁹, por lo que este autor critica que se hayan incluido en el “cajón de sastre” del artículo 31.1 de la LPI, y defiende que se deberían haber regulado de manera independiente.

No obstante, dejaremos este tema tan apasionante en este punto, ya que no resulta directa o estrictamente relevante para el tema tratado en este trabajo. Puesto que resulta obvio que en ningún caso se podría aplicar a estas copias “*cache*” el límite de copia privada del artículo 31.2 de la LPI, y ello es porque se trata de reproducciones efectuadas por personas jurídicas (proveedores de servicios de conexión a Internet) como parte de un protocolo, no conscientemente por personas físicas; aunque las “*copias caché*” en ocasiones puedan ser objeto, como ya hemos señalado, de una utilización colectiva y lucrativa ¹⁰⁴⁰.

2.4.3 **Reproducciones en memoria RAM.**

No podemos comenzar el análisis de este tipo de reproducciones de otra manera que diferenciando entre la memoria RAM y la memoria ROM de los ordenadores. En la memoria ROM (“*Read Only Memory*”) un semiconductor o chip es usado para almacenar contenido o programas de ordenador. La memoria ROM se puede almacenar tanto en el disco duro de los ordenadores, en discos compactos, o en todo tipo de aparatos móviles. La información en la memoria ROM se puede leer, pero está fijada y no se puede alterar (aunque se puede borrar y sustituir por otro contenido). Las copias en memoria ROM gozan de una cierta estabilidad, por lo que se consideran legalmente

¹⁰³⁸ Aunque su función es facilitar la navegación, en estos momentos se puede decir, como hemos visto que la Red se bloquearía de no ser por el método del “*proxy caching*”, por lo que su función ha pasado a ser esencial. No obstante tanto la DDASI como la LPI hablan de “*facilitar*”, lo que indica que el legislador tenía en mente las copias “*cache*”

¹⁰³⁹ BENNETT, JESSE L., *Caching In on the Google Books Library Project: A Novel Approach to the Fair Use Defense and the DMCA Caching Safe Harbors*, 35 Fla. St. U.L. Rev. 1003, 2008.

¹⁰⁴⁰ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, Op. Cit. Pág. 33.

reproducciones permanentes. Por el contrario la memoria RAM “*Random Access Memory*”, en un ordenador ordinario es la capacidad temporal de un ordenador para manejar o procesar programas y archivos en un momento determinado. Las reproducciones en memoria RAM son por tanto sin duda provisionales (otra cosa es que actúen como tal).

Las reproducciones en memoria RAM ¹⁰⁴¹, o copias RAM se producen cuando el usuario está visualizando o escuchando una obra o prestación protegida en su ordenador ¹⁰⁴². Esta obra puede ser una canción, una película, una página web. Estas copias se borran al desaparecer los contenidos de la pantalla, o cuando se apaga el ordenador, por lo que algunos han dicho que se trata de reproducciones provisionales, puesto que no están fijadas en un soporte permanente ¹⁰⁴³. Sin embargo la LPI en sus artículos 18, 34, y 100.1 es taxativa en el sentido de que estas copias, cuando se realizan en los procesos de carga y visualización o escucha de obras protegidas en la pantalla del ordenador son actos de reproducción permanente en toda regla. Por lo tanto sólo el usuario legítimo o autorizado mediante licencia o autorización expresa por el titular del derecho podrá realizar actos de reproducción en la memoria RAM ¹⁰⁴⁴. Estos actos incluirían tanto los de “*browsing*”, los de “*streaming*”, como incluso los actos de realización de algunas reproducciones provisionales realizadas fuera de línea (por ejemplo, cuando cargamos en una tablilla un video en YOUTUBE en un lugar en que haya conexión a Internet, con el objeto de reproducir posteriormente ese video en un lugar en que no la haya, puesto que tal carga se borrará de manera automática en cuanto apaguemos la tablilla o salgamos de la aplicación de visionado de video).

Es decir, dentro de las reproducciones en memoria RAM se podrían incluir tanto los actos en que el usuario visualiza una página web, como los actos en que el usuario escucha una canción sin descargársela en el disco duro de su ordenador (por ejemplo, mediante el servicio de escuchas de SPOTIFY), o visualiza una película de la misma manera (por ejemplo, mediante el servicio de visualización de películas de NETFLIX), o incluso visualiza una película sin estar conectado a Internet (por ejemplo, introduciendo un DVD en el lector de su ordenador).

¹⁰⁴¹ Acrónimo de Random-Access Memory.

¹⁰⁴² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, Op. Cit. Pág. 5.

¹⁰⁴³ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág.138.

¹⁰⁴⁴ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, Op. Cit. Pág. 28.

Los ejemplos arriba mencionados serían actos autorizados y lícitos. Actos lícitos son: (a) los autorizados por el titular de derechos; (b) los autorizados por la Ley (por ejemplo, porque estén en el dominio público, y por tanto los derechos de explotación del autor, que no sus derechos morales, hayan terminado); y (c) los que existiendo un derecho de explotación sobre ellos, estén cubiertos por un límite o excepción (por ejemplo, el límite de copia privada, con la excepción de las reproducciones RAM interactivas). No obstante, también existen actos de reproducción y comunicación no autorizados y manifiestamente ilícitos para los que nuestro ordenamiento jurídico no tiene respuesta, como atestiguan gran número de Autos y Sentencias contradictorias sobre el tema, como los actos de enlazar a webs que comuniquen obras de manera no autorizada vía “streaming”¹⁰⁴⁵; al contrario de, por ejemplo, en EE.UU., donde el ordenamiento jurídico no admite dudas con respecto a su ilicitud¹⁰⁴⁶. La calificación jurídica de las reproducciones en memoria RAM es crucial para el Derecho de Autor, ya que los usuarios tienden más y más a no descargarse obras en el disco duro de sus ordenadores (memoria ROM), especialmente películas. Lo que hacen es usar y disfrutar de obras audiovisuales vía “streaming”, con lo que la descarga en disco duro será pronto (ya es en ciertos lugares) anacrónica.

Para GONZÁLEZ DE ALAIZA en el entorno digital se ha difuminado la frontera entre reproducción y uso, y existe la indudable tendencia de reconducir la explotación de la obra a las licencias de uso¹⁰⁴⁷. Veremos cuando estudiemos la relación de las medidas tecnológicas con el límite de copia privada, que este límite no afecta a estos servicios, puesto que los usuarios normalmente las disfrutan online bajo contrato o licencia de uso bajo el manto legal del artículo 161.5 de la LPI, que expresamente señala que el límite de copia privada “*no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido*”

¹⁰⁴⁵ Auto 3975/08 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, de 3 de noviembre de 2008. Auto Nº 364/10 Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid. Audiencia Provincial De Madrid Sección Primera. Sentencia 40/2008 de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1ª, de 18 de febrero. Auto 201/09, Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª de 16 de septiembre de 2009. Sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de Logroño, de 25 de noviembre de 2008 Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de septiembre de 2008. Auto Nº 732/2009, Audiencia Provincial de Barcelona Sección Tercera de 11 Noviembre de 2009. Sentencia del Juzgado de lo Penal nº2 de Vigo, de 26 de enero de 2010. Auto Diligencias Previas Nº 817/06. Juzgado de Instrucción Nº3 de Alcoy de 17 de junio de 2009. Auto No. 214/10. Audiencia Provincial de Cantabria. Sección 1ª de ocho de junio de dos mil diez. Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010. Auto nº 138/09, sobre el Procedimiento nº 401/09 E. Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona. Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010.

¹⁰⁴⁶ *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung*, Nº 06 Civ. 5578, 2009 U.S. Dist. LEXIS 122661; Copy. L. Rep. (CCH) P29, 877 (C.D. Cal. Dec, 21, 2009).

¹⁰⁴⁷ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER, Op. Cit. Pág. 73.

por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija”. La manera más común de comercialización interactiva de obras a través de la Red es a través del “*streaming*” de tales obras, y el “*streaming*” no es otra cosa que la reproducción provisional de la obra en la memoria RAM del ordenador, de tal modo que una vez que el usuario ha usado o disfrutado la copia de la obra, esta se borra automáticamente de la memoria RAM. Cada acceso a una web de “*streaming*” (por ejemplo, YOUTUBE) implica una nueva reproducción necesaria para comunicar la obra al usuario. Por ello nos interesa averiguar si las reproducciones o copias RAM están cubiertas por la exención del artículo 31.1 de la LPI, porque si lo estuvieran, no serían reproducciones en el sentido legal del término, y por tanto no se les aplicaría el límite del artículo 31.2, que no olvidemos, es un límite al derecho de reproducción del autor sobre su obra.

Si tomamos como guía las características arriba mencionadas que necesariamente han de tener las reproducciones provisionales, podemos comprobar que podríamos estar en principio ante actos de reproducción provisional, puesto que se trata de actos de reproducción transitorios y accesorios, y que forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad es una utilización lícita de la obra ¹⁰⁴⁸.

No obstante, el Considerando 33 de la DDASI, explícitamente señala que los actos de reproducción provisional “*deben carecer de un valor económico*”, y parece dejar claro que los actos ordinarios de “*browsing*” de páginas web no están cubiertos por la excepción del artículo 31.1 de la LPI. Por tanto, para ver si un acto de reproducción vía “*streaming*” está cubierto por tal excepción, hemos de considerar principalmente el factor o requisito necesario que nos faltaba, el que este acto tenga o no un significado económico independiente.

GARROTE piensa en este sentido que el artículo 31.1 de la LPI se debe leer en conexión con el artículo 40 bis de la misma Ley, que es la que codifica la “*regla de los tres pasos*”. El artículo 40 bis señala que la interpretación de las excepciones no puede afectar a la “*explotación normal de la obra*”. Este autor localiza la solución en la buena fe y en la lógica del sistema. Lógicamente, si se accede a una página web en que se realicen actos de “*streaming*” “*en abierto*”, parece lógico pensar que ese acto es lícito en todo caso en cuanto al usuario que disfruta del contenido, puesto que

¹⁰⁴⁸ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, Op. Cit. Pág. 28.

aunque evidentemente las copias RAM gozan de un significado económico independiente, existirá una autorización implícita del titular de derecho para que se use su obra. Otro tema es el de las propias webs, que podrían estar comunicando ilícitamente contenidos protegidos por el Derecho de Autor. Páginas web como YOUTUBE.COM gozan de inmensa popularidad realizando precisamente ese tipo de actos de comunicación de obras a los usuarios vía “*streaming*”. En ellas, los usuarios cargan contenidos que en principio gozan de la presunción de licitud, y otros usuarios los disfrutan vía reproducción RAM. En estos casos los titulares de derechos han de gozar de un cauce eficaz para asegurarse de que estas webs retirarán inmediatamente contenido ilícito, y últimamente estas webs gozan de un protocolo por el que dar de baja del servicio a usuarios que reiteradamente carguen o suban en ellas contenido ilícito. YOUTUBE.COM es la prueba de que esto es posible. Otras webs servidoras de obras audiovisuales vía “*streaming*”, como por ejemplo MEGAVIDEO (parte del imperio del extinto MEGAUPLOAD), no parecían tan cuidadosas en este sentido.

“*A contrario sensu*”, si se accede a una web en la que el usuario ha de registrarse, conseguir un nombre de usuario y una contraseña, parece también lógico pensar que el titular de la web no está regalando el contenido que se comunique a través de ella ¹⁰⁴⁹. Este acto es análogo al establecimiento de medidas tecnológicas, puesto que ambas son “*capas*” de protección que el titular de derechos añade para proteger su contenido en el sentido que describía LESSIG ¹⁰⁵⁰. Por tanto las reproducciones RAM inherentes a la comunicación de obras en este contexto son reproducciones en toda regla, y no se pueden incardinar en ningún caso en el artículo 31.1 de la LPI.

¿Podrían ser este tipo de reproducciones entonces objeto del límite de copia privada del artículo 31.2 de la LPI? En principio sí, puesto que sí que representan reproducciones en el sentido del artículo 18 de la LPI, y por tanto estarían sometidas al límite de su art. 31.2. No obstante, por exclusión legal, si se ofrecieran al usuario mediante contrato o licencia y de forma interactiva, entonces escaparían del ámbito de actuación del límite de copia privada, puesto el artículo 161.5 de la LPI las excluye de manera explícita, con el objeto de evitar problemas derivados de la posibilidad por parte de los usuarios de exigir el ejercicio efectivo del límite que les otorga el

¹⁰⁴⁹ Un ejemplo claro es Netflix.com.

¹⁰⁵⁰ V. supra. Pág. 63 y ss.

artículo 161.1 de la LPI. Por tanto, los usuarios no tienen la posibilidad de exigir la realización de una copia privada de una comunicación interactiva vía “*streaming*”, sujeta a licencia previa. Por ejemplo, si un usuario contrata el alquiler online de una película en FILMIN.ES, tendría derecho a usar y disfrutar esa película (a visionarla) durante un plazo de 72 horas (previo pago y de acuerdo con los términos de la licencia), pero la LPI no le habilita para realizar una copia para uso privado de esa película.

2.4.4 **Las reproducciones temporales.**

Las reproducciones temporales son por tanto reproducciones en sentido estricto, y no vienen dadas por las peculiaridades técnicas del sistema. Las obras se alojan en el disco duro del usuario para su uso o disfrute, si bien sin vocación de permanencia. Una reproducción temporal sería por ejemplo una película que se descarga el usuario en su disco duro, y que como consecuencia de la medida tecnológica implantada en ella, se borrará automáticamente en el plazo de una semana. No es provisional, puesto que permanece en el disco duro aunque el usuario apague su ordenador, pero tampoco tiene vocación de permanencia. Para LÓPEZ MAZA estas reproducciones están sujetas al límite de copia privada, si se dan los requisitos necesarios ¹⁰⁵¹ ; lo cual a mi juicio es discutible, puesto que las copias realizadas a partir de una reproducción temporal gozarían de un carácter de permanencia en la esfera de dominio del usuario que la propia reproducción temporal de origen no tendría. Es decir: la parte no puede ni debe ser mayor que el todo. No obstante, según el texto de la LPI, y a pesar de que la posibilidad de realizar una copia privada (con vocación de permanencia) va en radicalmente contra de los valores jurídicos y de gestión de la explotación de la obra por parte de su titular contenidos en la medida tecnológica en cuestión, ya que estas reproducciones temporales en puridad se pueden encuadrar en la excepción al límite del artículo 161.5 de la LPI, la tesis de LÓPEZ MAZA tampoco resulta ni mucho menos descabellada.

Dándole la vuelta a toda nuestra exposición anterior podemos definir reproducciones permanentes como todas aquellas fijaciones que se realicen en un soporte tanto analógico como digital, que se produzcan con vocación de durar indefinidamente en el tiempo, y que constituyan el acto de comunicación, transmisión o disfrute de la obra al usuario en sí mismas. Estas reproducciones son el objeto de derecho principal del límite de copia privada del artículo 31.2, así como de la mayoría

¹⁰⁵¹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág.168.

de los actos de distribución, y comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición de los artículos 19 y 20 de la LPI, así como de la mayoría de los derechos de explotación en general, puesto que el usuario que realiza o adquiere la reproducción de una copia lícita disfruta de dominio pleno e indefinido sobre esa copia “*erga omnes*” bajo la Ley.

3. **Limitaciones a los derechos de explotación conforme a la legislación vigente.**

3.1 **Introducción.**

El Derecho de Autor no es un derecho absoluto, sino que soporta numerosas limitaciones que restringen el ámbito de actuación de sus titulares. LÓPEZ MAZA nos recuerda que en el Derecho de Autor, los creadores de contenidos protegidos por las normas sobre propiedad intelectual son los titulares de derecho, mientras que los usuarios de esos contenidos son legalmente los beneficiarios de un límite legal a tal derecho ¹⁰⁵².

Estos límites, según algunos, tratan de equilibrar el derecho particular de los autores con los intereses generales de la sociedad que entran o pueden entrar en conflicto con este derecho. Según HUGENHOLTZ Existen dos tipos de limitaciones al Derecho de Autor ¹⁰⁵³: (a) Las intrínsecas a su propia definición (que él denomina limitaciones generales), que definen el objeto de derecho, ámbito de protección y duración de los derechos de explotación de los autores; y (b) las extrínsecas a su definición (que él denomina limitaciones o excepciones), que son los límites a los distintos derechos de autor que se encuentran en los textos legales, y que tienen su “*ratio legis*” en la confrontación de los derechos de explotación de los autores con otros derechos fundamentales, que gozan de mayor rango que estos, o con principios ordenadores del ordenamiento jurídico que un legislador desea proteger en un momento determinado.

Respecto a la terminología, GEIGER ¹⁰⁵⁴ nos explica que no se utiliza de manera uniforme en los instrumentos jurídicos internacionales, supranacionales, y nacionales; ya que estos utilizan los

¹⁰⁵² LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág 4.

¹⁰⁵³ HUGENHOLTZ, BERNT, SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, IVIR, Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2011. Pág 4.

¹⁰⁵⁴ GEIGER, CRISTOPHE, *Promoting Creativity through Copyright Limitations Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, Vol. 12, 2010. Pág 519.

términos limitaciones, excepciones, o ambas denominaciones indistintamente ¹⁰⁵⁵. SENFTLEBEN explica que el uso indistinto de ambos términos se debe a un interés por incluir en tales instrumentos tanto las tradiciones jurídicas de los sistemas de copyright, como las de Derecho de Autor ¹⁰⁵⁶. A pesar de que ambos términos tienen significados diferentes, y a mi modo de ver el término correcto es “limitación” o “límite” ¹⁰⁵⁷, a efectos de este trabajo usaremos en ocasiones indistintamente “límite”, “limitación”, o “limitaciones y excepciones” por mor de su uso en instrumentos internacionales; aunque intentaremos no utilizar el término “excepción”, a no ser que al traducir alguna cita su autor utilice inequívocamente tal término ¹⁰⁵⁸. Esto es porque a mi modo de ver el uso del término “excepción” presupondría un derecho subjetivo para los actos o sujetos excluidos de la norma jurídica común; mientras que “limitación” simplemente significaría que ciertos actos, aun encontrándose dentro de la esfera de un derecho subjetivo ajeno, se encuentran legalmente permitidos, pero no constituyen en sí mismos un derecho subjetivo independiente del que gozan los usuarios. Es por ello que no se puede por menos que defender (junto con la inmensa mayoría de la mejor doctrina) que el límite de copia privada no constituye en sí mismo un derecho subjetivo de los copistas. Resulta claro que una prueba irrefutable de esta afirmación es el hecho de que las limitaciones llevan inexorablemente aparejadas una compensación equitativa para el titular del derecho, mientras que las excepciones no. Es decir, que si existe un derecho de compensación, el titular de tal compensación ha de ser necesariamente el titular del derecho subjetivo, cuya limitación da lugar al derecho sustitutivo a una compensación económica. Este argumento irrefutable, debería convencer a los que hablan equivocadamente de un derecho subjetivo de copia privada ¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁵ El artículo 5 de la DDASI tiene el epígrafe “Excepciones y limitaciones”; sin embargo, El epígrafe del Libro I, Título III, Capítulo II de la LPI es “Límites”.

¹⁰⁵⁶ PAUL y TREVOR, MICHAEL, *Eldred and Lochner Copyright Term Extension and Intellectual Property as Constitutional Property*, Yale Law Journal, vol. 112, 2003.

SENFTLEBEN, MARTIN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three Step Test, in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, 2004, Pág. 22.

¹⁰⁵⁷ Excepción es la “Acción y efecto de exceptuar”, que a su vez es “Excluir a alguien o algo de la generalidad de lo que se trata o de la regla común”; mientras que limitación es la “Acción y efecto de limitar” que a su vez es “Fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien”. Diccionario de la RAE, vigésimo segunda edición.

¹⁰⁵⁸ Los autores anglosajones hablan normalmente de “exceptions” al copyright.

¹⁰⁵⁹ GEIGER parece llegar a conclusiones similares a las mías; Aunque este autor pone el énfasis en que para él, el término “excepción implica una jerarquía normativa”. ¹⁰⁵⁹ GEIGER, CRISTOPHE, Op. Cit., Pág. 521.

LEPAGE define las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor del siguiente modo: *“Las excepciones y limitaciones al copyright constituyen una noción que se encuentra en el corazón mismo de la “ratio legis” de la legislación. Mientras que el copyright constituye un monopolio que la sociedad garantiza a los autores sobre sus obras de creación, las excepciones y limitaciones parecen ser así una forma de “quid pro quo”, que permite a los individuos, bajo ciertas condiciones, usar una obra sin requerir autorización del propietario del copyright, lo cual demuestra al que garantizar al autor este monopolio se ha tomado en consideración la necesidad de equilibrar los intereses de ambas partes; a saber: el autor y la sociedad, lo cual comprende la protección de la obra de creación del autor. En la práctica, las excepciones y limitaciones se detallan en las normativas domésticas y en los textos legislativos internacionales”* ¹⁰⁶⁰ .

Explica LESSIG ¹⁰⁶¹ que en el mundo anterior a Internet los usos que se hacían de una obra se podían clasificar en tres categorías: (1) Usos no regulados de la obra (leer un libro después de adquirirlo, prestárselo a un amigo, revender la copia física del libro), que quedaban fuera del ámbito del Derecho de Autor; (2) usos regulados de la obra (publicar un libro); (3) y usos regulados de la obra que se categorizaran como *“fair use”* ¹⁰⁶² en EE.UU., y que estuvieran cubiertos por un límite a los derechos de explotación en España (por ejemplo, la parodia, para el derecho de reproducción, o la excepción a favor de las bibliotecas para el derecho de distribución). Pues bien, en la Red, dado que todo uso que se realice de una obra implica una reproducción o copia de la misma, los usos de la categoría número uno, que no estaban regulados en el mundo físico, pasan a estar regulados, y sólo se permitirían en contra de la voluntad o sin la autorización del titular de derechos si estuvieran permitidos por una limitación o excepción. Por lo tanto el *“fair use”* en

¹⁰⁶⁰ *“Exceptions and limitations to copyright constitute a notion that lies at the very heart of the ratio legis of legislation. While copyright corresponds to a monopoly that society grants to authors over their creative work, exceptions and limitations to these exclusive rights appear to be a form of quid pro quo, allowing individuals, under certain conditions, to use a work without requiring authorization from the owner of the copyright, which shows that in granting the author a monopoly account has been taken of the need to balance the interests of both parties, namely the author and society, which undertakes to protect the author’s creative work (A). In practice, exceptions and limitations to copyright are spelt out in domestic laws and international texts (B)”*. LEPAGE, ANNE, *Overview of Exceptions and Limitations to Copyright in the Digital Environment*, e-Copyright Bulletin, enero-marzo 2003. Pág. 3. (Traducción del autor).

¹⁰⁶¹ LESSIG, LAWRENCE, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press, Nueva York, 2004. Pág 142.

¹⁰⁶² LESSIG define *“fair use”* como *“...usos que por si mismos implican realizar una copia, pero que la Ley no regula, puesto que razones de orden público demandan que continúen sin regular”*. *“...uses that by themselves involve copying, but which the law treats as unregulated because public policy demands that they remain unregulated”*. (Traducción del autor).

EE.UU., y las limitaciones en España, pasan a tener una importancia capital en el ámbito del Derecho de Autor en la Red.

El problema es que estas limitaciones a menudo carecen de la claridad suficiente para ser comprendidas no ya por los ciudadanos de a pie, a los que afectan las normas sobre Derecho de Autor como nunca antes lo habían hecho, sino tampoco por los tribunales de justicia, que dictan sentencias y autos contradictorias sobre el tema con alarmante frecuencia. Para GERVAIS esta falta de claridad es lo que provoca un rechazo social de los ciudadanos a las normas sobre el Derecho de Autor, y por ende una falta de respeto de la mayoría de la sociedad a la propiedad intelectual, (falta de respeto que no se tiene entre la ciudadanía para otras formas de propiedad, como por ejemplo la propiedad real). Reproduzco por su interés el siguiente párrafo de GERVAIS.

“Normativamente, el progresivo incremento del nivel de protección para abarcar nuevas formas de explotación comercial de la (fundamentalmente individual) creatividad humana, con excepciones vagas o indeterminadas, hace más difícil el definir los límites precisos de tales derechos en un mundo globalizado. El impacto de este “vacío de política”¹⁰⁶³ se ha dejado sentir de manera muy palpable en Internet, en donde las normas sociales en juego se encuentran en interconexión con excepciones que tienden a ser difusas a nivel nacional, e indeterminadas a nivel internacional. La necesidad de hacer respetar la Ley crece con cada grado de separación entre estas normas sociales y la resultante falta de internalización [en la sociedad]. De hecho, la aplicación de las Ley, y la percepción [por los ciudadanos] de que esta es desproporcionadamente dura o errónea en esta aplicación conducirá a una mayor contravención de esta misma Ley”¹⁰⁶⁴.

Este atinado argumento de GERVAIS podría aplicarse sin dificultad al tema central de este trabajo. La norma sobre copia privada contenida en el artículo 31.2 de la LPI es cuanto menos difusa. Se

¹⁰⁶³ V. MOOR, supra. Pág. 59 y ss.

¹⁰⁶⁴ *Normatively, the incremental elevation of the level of protection to encompass new forms of commercial exploitation of (mostly individual) human creativity with unclear or unspecified exceptions makes it harder to define proper boundaries for those rights in a globalized world. The impact of this policy vacuum has been felt very palpably on the internet, where social norms at play are interfacing with exceptions which tend to be unclear at the national level and unspecific internationally. The need for enforcement grows with each degree of separation from those social norms and the resulting lack of internalization. In fact, enforcement and the perception that the law is unduly harsh or misdirected in its application will lead to more “infringement.”* GERVAIS, DANIEL J., *Making Copyright Whole a Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations*, University of Ottawa Law & Technology Journal, 2008. Pág 10. (Traducción del autor).

han vertido ríos de tinta intentando clarificar que es lo que quería decir el legislador sin que se hayan clarificado demasiado sus intenciones. El alcance preciso del límite no está ni mucho menos claro en el ámbito doctrinal del Derecho de Autor, y muchísimo menos en el ámbito jurisprudencial, y nada en absoluto entre la ciudadanía (como la dura realidad demuestra). El resultado es que la “norma social” sobre Derecho de Autor ¹⁰⁶⁵ carece de valor coercitivo, y debido a que los ciudadanos no tienen conciencia de la “*ratio legis*” del Derecho de Autor, que de acuerdo a la CE es proteger la propiedad; más concretamente la propiedad intelectual, debido al valor económico y cultural que esta tiene para el avance de la sociedad en su conjunto. Los actos ilícitos en contra de la propiedad intelectual no se ven por la mayoría de los ciudadanos como tales. El resultado es una falta de coercitividad de la norma social en lo concerniente al Derecho de Autor; es decir, hemos creado un monstruo: una sociedad en que el respeto a la Ley y a la propiedad, al menos en el ámbito del Derecho de Autor no existe, y en la que defender esta es una postura minoritaria e impopular ¹⁰⁶⁶. Una sociedad así está condenada a la inanidad más absoluta. Ya no se trata de que la industria de contenidos se hunda, ni de que los generadores de obras de creación languidezcan, ni de que la voz de los nuevos creadores (reemplazo natural y necesario de las ideas en una sociedad dinámica) muera en su cuna; se trata (como incluso el mismo LESSIG reconoce) de que estamos transmitiendo a las nuevas generaciones la idea de que el infringir la Ley no acarrea ni consecuencias legales, ni rechazo social. Estamos transmitiendo la idea de que la propiedad ajena es un concepto relativo y que esta se puede ocupar sin consecuencias siempre que resulte no ya necesario, sino conveniente. Y lo más irónico es que luego nos quejamos de la corrupción política.

Ante la respuesta de parte de la ciudadanía, y paradójicamente de gran parte de los medios de comunicación en contra de una Ley tan comedida y roma como la llamada “*Ley Sinde-Wert*”, que en ningún caso permite que se proceda en contra de los ciudadanos usuarios. ¿Podemos imaginarnos qué ocurriría si en España se actuara contra los usuarios por realizar descargas ilegales, como ha ocurrido por ejemplo, en EE.UU.? No es difícil aventurar que la reacción popular, y consecuentemente de los medios de comunicación sería hiperbólica y desmesurada.

¹⁰⁶⁵ V. LESSIG, *supra*. Pag. 65.

¹⁰⁶⁶ Autores como JESSICA LITMAN han llegado a aseverar que “*si cuarenta millones de personas se niegan a obedecer una Ley, entonces lo que dicha ley prescriba no importa*”. “*If forty million people refuse to obey a law, then what the law says doesn’t matter*”. LITMAN, JESSICA, *Digital Copyright*, Prometheus, Amherst, Nueva York, 2001. Pág. 169. (Traducción del autor).

Hace ya tiempo que los medios de comunicación en España no educan a los ciudadanos, sino que les dicen (discriminándolos por nichos, dependiendo de la orientación ideológica de su clientela) simplemente lo que estos quieren oír.

Por supuesto no está en mi ánimo el llevar a los ciudadanos ante los tribunales por compartir archivos en la Red, y ni siquiera pienso que una solución similar a la ya fracasada Ley Hadopi francesa, que se basaba en el corte temporal del acceso a Internet al usuario a la tercera vez que existiera constancia de que este hubiera puesto a disposición (no que hubiera descargado) archivos que contuvieran obras protegidas por el Derecho de Autor a través de las redes P2P, represente el camino del futuro (la actuación de la administración ha de estar sometida a ciertos controles). Parte de la solución pasará por los métodos de respuesta gradual ejercidos en el ámbito privado, y con base en los contratos entre los proveedores de servicios y los usuarios. Pero resulta ya preceptiva una reforma legal radical.

Por supuesto estas medidas de respuesta gradual no terminarían con la piratería; puesto que siempre existirá un porcentaje de usuarios que seguirán infringiendo los derechos de propiedad en la Red pase lo que pase. No obstante estas medidas educarían a la ciudadanía, y cambiarían la errónea percepción de estos sobre la legalidad de las descargas. Muchos ciudadanos, los naturalmente respetuosos con la Ley, con lo correcto en un sentido kantiano, abandonarían “*ipso facto*” estas redes. Un número mayor, la gran mayoría, de dificultar legalmente y en la práctica la descarga no autorizada de obras protegidas por el Derecho de Autor, al menos someramente, las desecharían por razones de simple comodidad y conveniencia ¹⁰⁶⁷.

No obstante, no me cabe duda de que la implantación de medidas de respuesta gradual “privadas” se ha de acompañar necesariamente de otras medidas legislativas que provean de un marco de actuación previo. La más importante y urgente, la que desarticularía todas las teorías jurídicas incorrectas y absurdas desde un punto de vista de la lógica de la ciencia del derecho, y que se han instalado de manera permanente tanto en el imaginario colectivo, como en la realidad de nuestros legisladores, de nuestro poder ejecutivo, de nuestros tribunales es sin duda la reforma restrictiva, o incluso la eliminación total del límite de copia privada ¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁷ Esta es la tesis de LEVINE, y de la mayoría de la industria de contenidos en EE.UU., modulada tras años de intentar estrategias equivocadas contra la piratería.

¹⁰⁶⁸ Otra es la redefinición del concepto de “*puerto o refugio seguro*” en la LSSI.

La suma de la demanda social de los ciudadanos por una alternativa legal, sumada al incentivo económico para invertir en el desarrollo de ofertas legales en un escenario dominado por la seguridad jurídica, cambiaría el escenario actual, y realmente desarrollaría los nuevos canales de distribución de una manera que beneficiaría: (a) a los usuarios, que dispondrían de una oferta legal amplia, de calidad y asequible; (b) a los titulares de derechos, que verían compensadas sus inversiones, tanto económicas como artísticas; (c) a un porcentaje no exento de importancia de desempleados, ya que el crecimiento de una industria implica necesariamente puestos de trabajo, (d) a los poderes públicos, que podrían destinar la partida de los Presupuestos Generales del Estado dedicada a sustituir al compensación de los autores derivada del ya extinto canon digital a otros objetivos más necesarios en tiempos de crisis, sin olvidar la recaudación impositiva que el Estado percibiría procedente de esta industria.

La sociedad española tradicionalmente ha estado muy ligada al tabaco. Desde que Cristóbal Colón trajera las primeras hojas de tabaco del nuevo continente a finales del S. XV, el tabaco ha sido un compañero habitual en la vida social de los españoles. No hace tanto, no era raro escuchar en reuniones sociales críticas contra la supuesta cruzada anti-tabaco que supuestamente se estaba llevando a cabo en otros países, calificándola poco menos que de histeria colectiva. No obstante, cuando a finales de 2010, el Gobierno de España decidió aprobar una de las leyes más restrictivas del mundo en cuanto al uso del tabaco en espacios públicos ¹⁰⁶⁹, que prohíbe fumar en el interior de cualquier bar, restaurante, o espacio cerrado, los españoles la acataron con naturalidad. Hoy en día, a nadie se le ocurre encender un cigarrillo en un bar o espacio cerrado, puesto que aparte de las multas ¹⁰⁷⁰ que se le puedan imponer por los agentes públicos, el fumador furtivo se expone a una reprobación inmediata del resto de sus conciudadanos que compartan tal espacio (la “*norma social*”). A expensas de que se suavice o no la Ley anti-tabaco, lo importante de este ejemplo es que demuestra que se pueden cambiar hábitos sociales “desde arriba”, desde la Ley. El derecho goza de una función transformadora de la realidad.

¹⁰⁶⁹ Ley 42/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

¹⁰⁷⁰ Recordemos, emanadas de la potestad sancionadora de la Administración; es decir del Derecho Administrativo, al igual que la Ley Sinde-Wert; pero sin otro control jurisdiccional que el derivado de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Obviamente, la Ley antitabaco, además de explicar con claridad su “*ratio legis*” (fumar en espacios cerrados perjudica la salud de los fumadores pasivos que compartan tales espacios), es meridianamente clara en cuanto a donde y donde no pueden fumar los ciudadanos. Desgraciadamente, esta claridad no existe en la LPI con respecto a algunas limitaciones a la norma general, y el culmen de la imprecisión es el artículo 31.2 de la LPI. ¿Puedo hacerle un CD, y regalárselo a mi primo? ¿Y si le envío las canciones en formato MP3 por correo electrónico? ¿Y si las comparto por medio de una red P2P para que se las descargue (junto con potencialmente millones de personas)? Estas preguntas, que responden a actos que realizan cada minuto millones de personas de todo pelaje y condición, resultan difíciles de contestar por expertos en propiedad intelectual de forma automática. ¿Cómo podemos esperar entonces que exista una norma social que penalice las descargas?

Por tanto, puesto que en la sociedad de la información todos somos sujetos de la normativa sobre Derecho de Autor de un modo u otro, las limitaciones al Derecho de Autor han de estar dotadas de una característica fundamental: la claridad. Si todo el mundo es susceptible de ser sujeto del Derecho de Autor, parece lógico pensar que todo el mundo debe ser capaz de entender cuáles sean sus derechos y obligaciones de acuerdo a la plasmación en la realidad de tal derecho.

3.2 **Categorización de las limitaciones al Derecho de Autor.**

GERVAIS reconoce que existen pocos campos tan heterogéneos en el derecho como el de las el de limitaciones o excepciones al Derecho de Autor, dado que tales limitaciones poseen múltiples propósitos y funciones. Por lo tanto la tarea de categorizarlas puede resultar difícil y complicada. El autor propone la siguiente categorización: (a) Según la categoría de los usuarios a la que sean de aplicación; (b) según la categoría de los usos a los que sean de aplicación; (c); según la categoría de los países en que se apliquen; (d) según la categoría de los autores; y (f) según la categoría de las obras a que sean asimismo de aplicación. La propuesta de GERVAIS resulta en el siguiente cuadro categorizador ¹⁰⁷¹ :

CATEGORIZACIÓN	CATEGORÍA	BALANCE INTERNO	NORMAS EXTERNAS

¹⁰⁷¹ GERVAIS, DANIEL J., *Op. Cit.*, Pág 20. Traducción del autor.

Según el tipo de usuario.	Usuarios con discapacidades.	Copias en lenguaje Braille.	La no discriminación.
Según el tipo de usuario.	El Estado.		Educación, cultura, información (seguridad nacional).
	Institucional (bibliotecas, archivos, museos, e instituciones educativas)		Educación, cultura, información.
	Todos.		Información, libertad de expresión
Según el tipo de uso.	Consumitivo	Esfera privada/dificultad para aplicar la Ley por el Estado.	Privacidad, protección de los consumidores, educación, información, cultura.
	Creativo/transformativo.	Limita el derecho a prohibir, cuando va más allá de lo estrictamente necesario/balance de intereses públicos y privados.	Libertad de expresión, cultura, información.
	Informativo.		

		Balance de intereses públicos y privados.	Información, libertad de expresión.
Según el tipo de país.	Países en vías de desarrollo.		Derecho al propio desarrollo, educación.
Según el tipo de autor.	Obras realizadas por los poderes públicos (textos legislativos, sentencias jurisdiccionales, etc.).	No se requieren incentivos.	Derecho a la información.
Según el tipo de obra.	Programas de ordenador. Publicaciones impresas.	La función de interés público no requiere la prohibición de los actos de ingeniería inversa. El acceso no interfiere con las funciones del Derecho de Autor (regla de los tres pasos)	Competitividad. Educación, información.

El límite de copia privada por tanto se podría clasificar según el tipo de usuario bajo la categoría “*todos*”, ya que todos los ciudadanos son potenciales (y hasta me atrevería a decir que actuales) usuarios de obras de creación. Por lo tanto, como hemos señalado más arriba, si todos los usuarios son potenciales beneficiarios del límite de copia privada, todos deberían entender de manera precisa qué actos pueden realizar sin autorización del titular de derechos sobre una determinada obra, bajo la cobertura legal del límite de copia privada.

Además, si atendemos a la clasificación realizada según el tipo de uso, evidentemente el límite de copia privada responde a la categoría denominada uso consumitivo; es decir, los usuarios beneficiarios del límite son aquí además necesariamente consumidores, y si no lo son deberían quedar fuera del mismo. El hecho de que los usuarios paguen o no por su consumo es irrelevante en este caso, puesto que la exposición a la publicidad de los usuarios también es una forma de pago, ya que trae consigo beneficios económicos a aquellos quienes exploten la obra. Además, en ocasiones los usuarios acceden a la titularidad de una copia de una obra de creación de manera gratuita (por ejemplo, DVD's que se regalan con la compra de un periódico). Este es el caso por ejemplo de los canales de televisión en abierto o de las emisoras de radio comerciales (en estos el detrimento contractual que ha de soportar el usuario para acceder de manera gratuita a las obras de creación es la publicidad, o la opcional imposición por parte del Estado, en las cadenas públicas sin o con publicidad). Ahora, evidentemente si alguien accede de manera no autorizada al producto, a la obra, no podemos hablar en propiedad de un consumidor (al menos no de un consumidor lícito), y por lo tanto tal usuario no podría en puridad ser beneficiario del límite. Desarrollaremos más ampliamente esta idea cuando hablemos del requisito de acceso legal a la obra que se encuentra en la regulación positiva del límite de copia privada.

Siguiendo la tipología desarrollada por GERVAIS, en cuanto al balance interno de la limitación en la categoría de usos consumitivos a los que pertenece el límite de copia privada, en principio los consumidores/usuarios desarrollan los beneficios que les otorga el límite en su esfera privada. Por ello, se entiende la dificultad para aplicar la Ley por el Estado en esta esfera de no existir dicho límite, por cuanto al impacto que la norma externa que regula el derecho a la privacidad causa sobre la facultad del Estado de vigilar el cumplimiento de las normas que promulga. Claro que esto se podía predicar asimismo del ámbito analógico, en que resulta meridianamente claro que resulta imposible monitorizar la realización de copias no autorizadas de una obra en el ámbito privado del usuario. En el ámbito digital, tal posibilidad de control existe por medio de la propia máquina, del código, o de las medias tecnológicas de protección o de gestión de las obras (o cualquiera que sea el sinónimo que se desee utilizar).

En cuanto a las normas externas de protección a los consumidores, resulta claro que resultaría injusto (y ni siquiera la propia industria de contenidos discute este punto) que un usuario/consumidor hubiera de adquirir en el mercado cuantas copias digitales de una obra

necesitara para su uso o disfrute en diversos formatos, en diversos lugares, o en distintos momentos. Parece claro que sólo se puede obligar al usuario a adquirir la obra una vez (hablamos de adquisición no de acceso). No obstante, la protección a los consumidores que les faculta para realizar copias legítimas a las que hayan accedido legalmente, no les faculta para distribuir, o poner a disposición del público dichas obras cuando estas se hayan liberado de su soporte físico. Una vez más, volveremos también sobre esto, pero la dificultad para controlar o definir el ámbito doméstico del usuario provoca que el requisito de exigir un acceso legal a este resulte de todo punto inútil en la práctica. La experiencia norteamericana nos dice que la industria tolera la realización de copias personales, e incluso los DVD's de última generación proporcionan al usuario copias digitales para que este pueda disfrutar de la obra de creación en multitud de soportes. Es decir: cuando se dan las condiciones objetivas de seguridad jurídica y competencia, el mercado no es sordo a las necesidades de los consumidores y usuarios. No es necesario que el Estado utilice su poder coercitivo para imponer algo que no es objetivamente necesario, como el límite de copia privada digital.

Además HUGENHOLTZ realiza otra distinción importante: (a) las limitaciones no compensadas económicamente, en las que se permiten prácticas que según este autor se exceptúan (y aquí el verbo exceptuar está usado de manera precisa) de los derechos de explotación del autor la facultad de permitir dichas limitaciones, y que responden a intereses públicos más elevados en la escala de valores jurídicos que el Derecho de Autor (por ejemplo: usos educativos, derecho de cita); y (b) las limitaciones que se han de compensar, en las que el titular de derechos no goza de la facultad de controlar de qué manera se utilice la obra, en las que se ha de compensar a este económicamente por los usos que se realicen de acuerdo con esta limitación. Estas limitaciones compensadas se habrían de interpretar de acuerdo con la “*regla de los tres pasos*”¹⁰⁷². El límite de copia privada es un ejemplo perfecto de limitación que ha de ser compensada, aunque la afirmación de que se ha de interpretar de acuerdo a la regla de los tres pasos, se queda a mi modo de ver en un plano teórico en España, ya que la situación de hecho española incumple flagrantemente los preceptos de dicha regla.

3.3 **Sistemas abiertos y sistemas cerrados**

¹⁰⁷² HUGENHOLTZ, BERNT and OKEDIJI, RUTH L., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Final Report, Open Society Institute, 2008. Pág 15.

Según HUGENHOLTZ, uno de los ámbitos en donde se puede apreciar con mayor claridad la diferencia entre el modelo utilitario del copyright de EE.UU. y el modelo basado en el derecho natural del que emana el Derecho de Autor, y que rige en el viejo continente es en la regulación positiva de los derechos y sus correspondientes limitaciones o excepciones. Sostiene este autor que mientras en Europa los derechos de explotación de los autores están redactados en términos generalmente abiertos y flexibles, las limitaciones a estos se consignan de manera cerrada, utilizando en los textos de derecho positivo sobre Derecho de Autor un “*numerus clausus*” de limitaciones que se definen de forma bastante rigurosa ¹⁰⁷³. Por el contrario, en los EE.UU. son los derechos que consigna el copyright los que se definen de forma estricta y se limitan a la letra de la Ley, mientras que las limitaciones a estos comprendidas bajo el epígrafe del “*fair use*”, comprende una gran variedad de usos de la obra realizados sin autorización de su titular de derechos ¹⁰⁷⁴.

Así pues, en el ámbito de los países anglosajones con sistema de “*Common Law*”, o derecho consuetudinario, tradicionalmente se definen concienzudamente los derechos derivados del “*copyright*”, o “*derecho de copia*” ¹⁰⁷⁵, y a diferencia de lo que sucede en los sistemas de derecho civil o continental, las excepciones se regulan mediante una cláusula, test, o norma de interpretación genérica en donde se otorgan unos parámetros a los jueces con el objeto específico de que estos diluciden si un uso determinado que caiga dentro del ámbito de regulación del “*copyright*” se ha de permitir o no. La fórmula que se utiliza tampoco es la misma que en el derecho continental, resultando contrastable esta aseveración simplemente desde la observación de la redacción de varios de los artículos de la LPI: artículos que regulan los límites al Derecho de Autor y en los que se utiliza la fórmula “*No requerirán autorización del autor los actos...*” ¹⁰⁷⁶; o bien, “*No necesita autorización del autor...*” ¹⁰⁷⁷. Es decir, se definen las limitaciones como actos o usos sobre una obra para cuya realización el usuario no necesita autorización de su titular de derechos. En el derecho anglosajón, no obstante, la fórmula que se suele utilizar es que quien

¹⁰⁷³ Y sin embargo, ni uno sólo de los 27 países miembros de la UE ha tenido a bien incluir en su cuerpo jurídico nacional todas las excepciones y limitaciones permitidas por la DDASI. Ídem. Pág 27.

¹⁰⁷⁴ HUGENHOLTZ, BERNT, «Copyright and Freedom of Expression in Europe», *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford: Oxford University Press 2001. Pág 10.

¹⁰⁷⁵ Que como ya hemos mencionado, equivaldría a “*grosso modo*” a Derecho de Autor menos derechos morales.

¹⁰⁷⁶ Artículo 31.1 LPI.

¹⁰⁷⁷ Artículo 31.2 LPI.

realice actos que sean considerados “*fair use*”¹⁰⁷⁸, o “*fair dealing*”¹⁰⁷⁹ no constituyen infracción del copyright; es decir, se plantean positivamente las excepciones no desde el prisma de que resulte o no necesaria la autorización del autor, sino desde la de que los usuarios ilícitos se encuentren o no sujetos a responsabilidad civil o penal ante los tribunales de la jurisdicción en cuestión por atentar contra los derechos del titular del copyright.

Este estado de las cosas proviene, a mi modo de ver, de la concepción originaria del Derecho de Autor y del “*copyright*” respectivamente. Mientras el Derecho de Autor proviene según la concepción decimonónica de un derecho natural inherente a la persona, “más grande que la vida”, es lógico que se recojan de manera específica en el derecho positivo las limitaciones o excepciones respecto a este derecho. Por el contrario, el “*copyright*” tiene un origen público, nace del contrato social que es a fin de cuentas la constitución de un Estado moderno, y es precisamente este quien concede al creador de la obra un monopolio limitado sobre la misma en aras del interés general, tutelado asimismo por el propio Estado. Por tanto, resulta lógico que se planteen las limitaciones o excepciones al copyright como áreas de uso de la obra libres del poder punitivo del Estado en ejercicio de la tutela de tal monopolio legal. Esta distinción, que parecería tener poca importancia a efectos prácticos, la tiene y mucha, a mi modo de ver, puesto que la infracción del copyright en los países anglosajones se plantea como un desafío ilícito al poder legítimo del Estado democrático (a sus normas jurídicas) en este caso a la concesión de un monopolio legal (aunque en puridad este monopolio legal asimismo es una limitación constitucional a la libertad de expresión¹⁰⁸⁰), que tiene su justificación en el propio interés originario del Estado en su conjunto y derivativamente de sus ciudadanos, que gozan de libertad en todos los ámbitos de actuación en los que el Estado no se ha reservado ejercer su poder coercitivo en aras del interés general¹⁰⁸¹. De ahí que el poder judicial ejerza realmente sus funciones de contrapoder, y por ejemplo en EE.UU. la mayor parte

¹⁰⁷⁸ “...no es una infracción del copyright...” Sección 107 de la Copyright Act de 1976 de EE.UU.

¹⁰⁷⁹ “Donde se dispone por este Capítulo que un acto no infringe el copyright, o que [tal acto] pueda ser realizado sin infringir el copyright, y no se mencione una específicamente una clase de obra determinada, el acto en cuestión no infringe el copyright”. “Where it is provided by this Chapter that an act does not infringe copyright, or maybe done without infringing copyright, and no particular description of copyright work is mentioned, the act in question does not infringe the copyright in a work of any description.” Sección 28.2 de la Copyright, Designs and patents Act de 1988 del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte. (Traducción del autor).

¹⁰⁸⁰ Ya hablamos en la parte dedicada el derecho constitucional de que a veces los derechos entran en conflicto, siendo la misión del Estado decidir cuál de ellos prevalece en aras del interés común.

¹⁰⁸¹ Es el célebre “lo que no está expresamente prohibido, está permitido”.

de actuaciones del Tribunal Supremo sean afirmaciones de los límites legislativos que ha de respetar el Estado ante los derechos individuales de sus ciudadanos.

La tradición continental (y española), por el contrario, emana desde los derechos individuales del autor ¹⁰⁸², que podrían entrar en colisión con otros derechos de igual o superior rango de otros ciudadanos, especialmente con los derechos fundamentales. De ahí que se afirme la legislación sobre el Derecho de Autor de manera casi absoluta, y se enumeren sus limitaciones de manera específica y restringida. La cláusula interpretativa de cierre en el derecho continental, esto es, la “*regla de los tres pasos*”, no fiscaliza el alcance de los derechos, sino el de las propias limitaciones o excepciones a los mismos. La consecuencia práctica de todo lo expuesto es que en los países con un sistema abierto de “*fair use*” son los tribunales los encargados de identificar caso por caso si ciertos actos significan una limitación o excepción al Derecho de Autor ¹⁰⁸³.

En uno de sus excelentes artículos ¹⁰⁸⁴ explica HUGENHOLTZ el porqué de esta divergencia legislativa en un párrafo que por su interés reproduzco:

“Como cualquier otra estructura del proceso de creación de una norma jurídica, el Derecho de Autor debe mediar entre el principio de la seguridad jurídica, que favorece provisiones legales definidas con gran precisión, y que proveen [al ciudadano] con una óptima predictibilidad “ex post”, y el principio de justicia, el cual favorece conceptos jurídicos abiertos y flexibles que permiten un margen amplio de evaluación judicial “ad hoc”. En los sistemas de derecho civil, este compromiso entre seguridad jurídica y justicia se consigue mediante una codificación relativamente abstracta y abierta de las normas jurídicas que articulan los principios generales, sin impedir que los tribunales civiles apliquen principios generales del derecho, como los de proporcionalidad y justicia (en holandés: “redelijkheid en billijkheid”; in alemán: “Treu und Glauben”) con el objetivo de conseguir sentencias justas. En el derecho consuetudinario anglosajón, en contraste, las normas positivas tienden a ser más precisas y extensivas, puesto que constriñen más

¹⁰⁸² De ahí del énfasis, por ejemplo en los derechos morales.

¹⁰⁸³ SENFTLEBEN, MARTIN, *The International Three-Step Test A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, JIPITEC, vol. 1, 2010. Pág. 68.

¹⁰⁸⁴ HUGENHOLTZ, BERNT, SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, IVIR, Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2011. Pág 6.

que expanden el mandato de los tribunales de aplicar el derecho consuetudinario a los casos que caen bajo su jurisdicción. Más aún, mientras que las codificaciones de derecho civil buscan exponer los principios generales del derecho, en las jurisdicciones de derecho consuetudinario, la Ley positiva codificada sirve para invalidar, corregir o clarificar los principios de derecho consuetudinario establecidos con anterioridad por los tribunales, y estos principios se encuentran normalmente ausentes de la Ley escrita” ¹⁰⁸⁵.

Por tanto, cabría pensar que el límite de copia privada, como el resto de las limitaciones al Derecho de Autor, habría de estar regulado de manera precisa en un sistema de derechos abiertos y limitaciones estrictamente delimitadas como el nuestro, y de manera abierta en un sistema de derechos estrictamente regulados y limitaciones o excepciones abiertas como el de EE.UU. Esto, como veremos sólo es cierto en parte en la práctica, puesto que en nuestro sistema el límite ha sido redactado de manera tremendamente difusa, y los elementos contenidos en la norma positiva pueden ser, y de hecho han sido objeto de múltiples interpretaciones. En EE.UU., de manera contraintuitiva, el límite de copia privada en el ámbito digital se encuentra en parte regulado en el derecho positivo, aunque de manera limitada para obras musicales, y para determinados soportes ¹⁰⁸⁶. Por supuesto, como veremos la doctrina del “*fair use*” también juega un papel importante en la configuración de la copia privada en los EE.UU.; aunque los EE.UU. no ven la necesidad de regular el límite de copia privada en el ámbito digital expresamente.

MARIBETH PETERS, *Register of Copyrights* (Directora) de la Copyright Office de EE.UU. ¹⁰⁸⁷ desde 1994 hasta 2010, ante una pregunta del autor de este trabajo en otoño del 2011 ¹⁰⁸⁸ en el sentido de si los EE.UU. planeaban incluir en su ordenamiento jurídico positivo el límite de copia

¹⁰⁸⁵ “*Like any other structure of rulemaking, copyright law must mediate between the maxims of legal security, which favors precisely defined legal provisions that provide optimal predictability ex post, and of fairness, which favors open and flexible legal concepts that allow a wide margin of judicial appreciation ad hoc. In civil law this compromise between legal security and fairness is achieved by codifying relatively abstract and open legal provisions that spell out the general rules without impeding civil courts to apply general normative principles, such as ‘reasonableness and fairness’ (in Dutch: redelijkheid en billijkheid; in German: Treu und Glauben), to arrive at fair judgments. In common law, by contrast, codified norms tend to be more precise and extensive, since they constrict rather than empower the court’s mandate to apply the common law to distinct cases. Moreover, while civil law codifications seek to set out the general principles of the law, in common law jurisdictions, where the law primarily serves to overrule, correct or clarify the principles of common law already established by the courts, such legal principles are usually absent from the written law.*” Ídem. (Traducción del autor).

¹⁰⁸⁶ En 1992 el Congreso de los EE.UU. aprobó la Audio Home Recording Act, que añade las secciones 1001 a 1010 a la Copyright Act americana. Hablaremos con mayor profundidad de ella en la página 645 y ss.

¹⁰⁸⁷ El órgano administrativo que lidia con asuntos de copyright en EE.UU.

¹⁰⁸⁸ En el seno de una Conferencia realizada en la UNH School of Law, en Concord, Nuevo Hampshire, EE.UU.

privada, contestó negativamente; matizando que aunque los EE.UU. veían con mucho interés las consecuencias de la aplicación del límite en países del entorno de la UE, los EE.UU. no veían la necesidad de implementar la norma en su ordenamiento, ya que en este país se toma muy en consideración el lucro cesante por mor de las copias realizadas de una obra por los usuarios ¹⁰⁸⁹.

Por lo tanto, en un sistema como el nuestro, donde el límite se halla muy precisamente regulado, y donde en teoría se habría de interpretar de forma restrictiva (por su propia condición de límite a un derecho), el límite de copia privada en el ámbito digital se ha utilizado para fines para los que no fue concebido, y ello ha provocado que existan enormes discrepancias en cuanto a su interpretación y aplicación correcta, lo cual ha provocado un desmesurado “*desorden conceptual*” en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto entre los ciudadanos/usuarios cuyos actos regula tal ordenamiento. Mientras tanto, en un sistema de excepciones abierto como el americano, el límite de copia privada tal y como se interpreta en España en el ámbito digital no se acepta jurisdiccionalmente, reconociéndose sólo por vía legislativa el límite de copia privada analógico, y un límite de copia privada digital limitado (además de algunos usos que formarían parte del ámbito del límite de copia privada a través de la doctrina/test del “*fair use*”). Por tanto, la limitación de copia privada no funciona en ninguno de los sistemas, sean abiertos o cerrados: puesto que en un sistema, el nuestro, no funciona en la práctica por la propia inconcreción de la norma positiva; y en otro, el americano, la simple sugerencia de implantarlo con carácter general en el ámbito digital, provoca una reacción cercana a la hilaridad mal disimulada, sin duda provocada por la observación de nuestra experiencia en la aplicación del límite. La razón es que tal y como está

¹⁰⁸⁹ La razón de esta desconfianza en el límite la explica LEVINE, con motivo de la propuesta de reforma de la ley sobre copyright americana realizada por el lobby PUBLIC KNOWLEDGE, en el sentido de ampliar la defensa de “fair use” a los “...usos personales y no comerciales”, usos permitidos en España bajo el amparo del límite de copia privada señala que “...“usos personales y no comerciales” [es] —una categoría que podría ser interpretada De manera que se incluya todo, desde la grabación de programas de televisión por cable hasta el uso de programas de intercambio archivos en la Red- (...) esencialmente legalizaría los servicios de intercambio archivos, los cuales podrían entonces llegar a ser tan convenientes y eficientes como lo es la TIENDA ITUNES, además de gratis. Mientras esto ciertamente ayudaría a los consumidores individuales, resulta difícil de ver como redundaría en el interés público”. “...“personal and noncommercial uses” —a category that could be interpreted to include anything from recording cable television shows to using online file-sharing services [...] would essentially legalize file-sharing services, which could then become as convenient and efficient as the iTunes Store, end free besides. While that would certainly help individual consumers, it’s hard to see how it would be in the public interest”. LEVINE, ROBERT, *Free Ride: How Digital Parasites Are Destroying the Culture Business, and How the Culture Business Can Fight Back*, Double Day, New York, 2011. Pág. 86. (Traducción del autor).

configurado el límite de copia privada en nuestro derecho vigente no resulta aplicable de manera eficiente al ámbito digital en línea.

3.3.1 **“Fair use” y “Fair Dealing”**

Como hemos visto, el copyright en EE.UU. es un derecho constitucionalmente protegido. El artículo I, sección 8ª, cláusula 8ª de la Constitución de los EE.UU., entre los poderes reservados al congreso americano, es decir, al órgano legislativo, destaca el de *“promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus obras y descubrimientos”* ¹⁰⁹⁰. La jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo de los EE.UU., que goza de fuerza vinculante como intérprete máximo de los preceptos constitucionales de aquel país ha contribuido sustancialmente a perfilar el derecho constitucional del copyright, dejando fuera del mismo a las ideas y los hechos, puesto que estos no alcanzan el mínimo de originalidad que sí puede alcanzar su expresión, y porque permaneciendo en el dominio público cumplen su misión de constituir la argamasa con la que los futuros creadores realizarán nuevas obras ^{1091 1092}. El copyright también está constreñido por el derecho de libertad de expresión que se recoge en la 1º Enmienda a la Constitución Americana ^{1093 1094}.

PAVEL nos recuerda que bajo la Sección 106 de la Ley de Copyright americana, el titular del copyright goza del derecho exclusivo *“a reproducir la obra sujeta al copyright en copias o fonogramas”* ¹⁰⁹⁵. Por lo tanto el acto de copiar de manera no autorizada es esencial para que el usuario incurra en una infracción del copyright ¹⁰⁹⁶. Sigue explicando PAVEL que para que una copia sea considerada como infractora del derecho de copyright (obviamente, aunque PAVEL no lo mencione aquí, amén de no estar autorizada por el titular del copyright), ha de estar *“(1)*

¹⁰⁹⁰ *“To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”*. (Traducción del autor).

¹⁰⁹¹ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

¹⁰⁹² Es lo que HUGENHOLTZ llamaba límite intrínseco del Derecho de Autor; del copyright en este caso.

¹⁰⁹³ Las 10 primeras enmiendas a la Constitución de los EE.UU. se denominan la *“Bill of Rights”*, y con casos matizables como la 2ª enmienda que promulga el derecho portar armas, recogen los derechos fundamentales de los ciudadanos.

¹⁰⁹⁴ Aunque hay autores que defienden lo contrario, es decir que es precisamente el copyright lo que actúa como una restricción legal de la libertad de expresión. VAIDHYANATHAN, SIVA, Citado en BARAN, STANLEY J., *Introduction to Mass Communication*, 7ª Edición, McGraw-Hill, Colombo, Ohio, 2011. Pág 405.

¹⁰⁹⁵ *“...to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords”*. Sección 106 (1) de la Copyright Act de 1976 de EE.UU. (Traducción del autor).

¹⁰⁹⁶ PAVEL, ASHLEY M., *Reforming the Reproduction Right: The Case for Personal Use Copies*, 24 Berkeley Technology Law Journal, Vol. 24. 2009. Pág 1619.

plasmada en un objeto material o “tangible”; (2) “fijada” de manera que pueda sea percibida por un periodo superior al de “duración transitoria”; y (3) “inteligible” –lo cual significa que pueda ser percibida directamente o con la ayuda de una máquina”¹⁰⁹⁷. Para que se produzca una infracción del copyright, como en España, simplemente es necesario que se produzca un acto no autorizado de reproducción, sin que sea necesario un acto de distribución de la copia hecha de la obra^{1098 1099}.

Por lo tanto, y esto es lo importante, PAVEL nos explica que “Consecuentemente, las copias destinadas para uso personal, técnicamente constituyen infracción del copyright. Estos usos, sin consideración al consenso normativo sobre su legitimidad, o a la utilidad social que desempeñan, se excusan únicamente si pueden pasar un examen estricto de acuerdo a la doctrina del “fair use””¹¹⁰⁰.

MCCARTHY define el “fair use” como una “defensa ante una acusación de infracción del copyright, que consiste en una regla de equidad que excusa ciertos tipos de conducta que son de otra manera ilícitos”¹¹⁰¹. Es decir, una vez dentro del contorno legal del copyright, quienes cometan ciertos actos o usos no autorizados de una obra que se consideren “justos” no podrán ser condenados por infracción del copyright, lo que en la práctica supone la legalización de hecho de tales actos, pero no la concesión de un derecho a quienes los realicen sobre el objeto del copyright (sobre la obra).

Para COHEN, “la doctrina estadounidense del “fair use” está firmemente enraizada en la tradición de derecho consuetudinario anglo-americana de la adjudicación caso por caso. La cláusula de “uso justo” de la Ley sobre Copyright no provee con una lista definitiva de usos que son justos. En lugar de esto, requiere una lista abierta de tales usos, fundamentalmente basada en

¹⁰⁹⁷ “(1) embodied in a material object, or “tangible”; (2) “fixed” such that it may be perceived for more than a “transitory duration”; and (3) “intelligible”—meaning that it must be perceivable directly or with the aid of a machine”. Ídem. Referenciando a NIMMER, DAVID y NIMMER, MELVILLE B, Nimmer on Copyright § 8.02[A], 2009. (Traducción del autor).

¹⁰⁹⁸ En EE.UU. los derechos de comunicación pública y puesta a disposición se engloban en el derecho de distribución, que no exige como en España el requisito de que existan copias materiales.

¹⁰⁹⁹ PAVEL, ASHLEY M., Op. Cit. Pág 1619.

¹¹⁰⁰ “Consequently, personal use copies, even if never shared or even consciously made, technically constitute copyright infringement. These uses, regardless of the normative consensus as to their legitimacy, or the social utility they generate, are only excused if they can pass a fairly strict fair use test”. Ídem. Pág 1620. (Traducción del autor).

¹¹⁰¹ MC CARTHY, J. THOMAS, McCarthy's Desk Encyclopedia of **Intellectual Property**, BNA Books, Washington, 1995. Pág. 165. (Traducción del autor).

un análisis equilibrado, basado en la equidad, y que evalúa el uso en cuestión en relación a varios factores; siendo los de mayor importancia el propósito y carácter de uso realizado, y su efecto en el mercado actual o potencial de la obra” ¹¹⁰² .

En EE.UU. a translación legislativa del “*fair use*” se recoge en la Sección 107 de la Ley de Copyright de los EE.UU. de 1976 ¹¹⁰³ :

“No obstante los preceptos contenidos en las Secciones 106 y 106 A, el uso razonable de una obra objeto de un copyright, incluyendo en tal uso la reproducción hecha en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado en esta sección, para propósitos tales como la crítica, el comentario, informar sobre una noticia, la docencia (incluyendo la realización de múltiples copias para su uso en un aula de enseñanza), la erudición, o la investigación académica no es una infracción del copyright. Al determinar si el uso que se haga de una obra en un caso particular resulta razonable se considerarán los siguientes factores:

- 1) El propósito y carácter del uso realizado, considerando si tal uso es de naturaleza comercial o para propósitos educativos sin beneficio económico;*
- 2) La naturaleza de la obra sujeta a copyright;*
- 3) La cantidad y sustancialidad de la parte usada en relación a la obra objeto de copyright considerada como un todo; y*
- 4) El efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor económico de la obra sujeta a copyright.*

¹¹⁰² “*The U.S. fair use doctrine is firmly rooted in the Anglo-American common law tradition of case-by case adjudication. The fair use provision of the Copyright Act does not provide a definitive list of uses that are fair. Instead, it requires an open-ended, fundamentally equitable balancing inquiry that assesses the challenged use relative to several factors, the most important of which are the purpose and character of the use and its effect on the actual or potential market for the work*”. COHEN, JULIE E., *WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?* European Intellectual Property Review, vol. 21, 1999. Pág 6. (Traducción del autor).

¹¹⁰³ La Sección 107 es una recapitulación del acervo jurisprudencial sobre “*fair use*”, y el mismo Congreso añadió que el objeto de la Sección era “*reformular la presente doctrina judicial sobre el “fair use”, sin cambiarla, restringirla, o ampliarla en ningún modo*”. “*restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way*”. H.R. Rep. No. 94-1476, 95th Cong., 2d Sess. 66 (1976). (Traducción del autor).

El hecho de que una obra no esté publicada no deberá por sí mismo invalidar la valoración de un uso como razonable si dicha valoración se realiza tras la consideración de todos los factores indicados ¹¹⁰⁴ ”.

La limitación del “*fair use*” al copyright se anunció por primera vez al mundo en la decisión judicial escrita por el juez STORY para el caso *Folsom contra Marsh* ¹¹⁰⁵ . SUN señala dos motivos por los cuales el Congreso de los EE.UU. preservó la maleabilidad de la doctrina, que se deriva de considerar los cuatro factores enumerados más arriba equitativamente, en lugar de trazar límites fijos e inamovibles a la misma: (1) El “*fair use*” es una regla de equidad, basada en la razón ¹¹⁰⁶ , y ya que resulta imposible formular una definición de aplicación general, hay que decidir cada caso basándose en sus propios hechos ¹¹⁰⁷ . Lo dicho, por supuesto, sin olvidar que es aplicable el razonamiento analógico, y que existe un principio legal muy estricto con respecto a la aplicación necesaria del precedente judicial derivado de tribunales de mayor rango jurisdiccional. (2) El “*fair use*” se considera como una combinación de “*derecho y hecho*” ¹¹⁰⁸ . Por tanto, “*la interminable variedad de situaciones y combinación de circunstancias que pudieran surgir en casos particulares impide la formulación de reglas exactas en la Ley*” ¹¹⁰⁹ . Es de señalar que la codificación de la sección 107 de la Copyright Act enumera algunos usos que presuntamente son

¹¹⁰⁴ “§ 107 · Limitations on exclusive rights: Fair use: Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factor”. (Traducción del autor).

¹¹⁰⁵ 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

¹¹⁰⁶ Informe de la casa de Representantes de los EE.UU. No. 95-1476, en 65. (1976). También en Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 417-18, 437-39 (1984) en 588. Referenciado en SUN, HACHOEN, *Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 5, 2007. Pág 284.

¹¹⁰⁷ SUN, HACHOEN, Op. Cit. Id.

¹¹⁰⁸ *Harper & Row*, 471 U.S. 539, en pág. 560 (“Fair use is a mixed question of law and fact.”). Referenciado por SUN, HACHOEN. Ídem.

¹¹⁰⁹ “The endless variety of situations and combinations of circumstances that can arise in particular cases precludes the formulation of exact rules in the statute” Informe de la casa de Representantes. NO. 94-1476. Citada en SUN. Op. Cit. Ídem. (Traducción del autor)

“*fair use*”¹¹¹⁰, pero en ningún caso elabora una lista exhaustiva de limitaciones al copyright, como si lo hace por ejemplo la DDASI. Pasemos a examinar los cuatro factores constitutivos del “*fair use*”:

3.3.2 **Los factores del “fair use”**

3.3.2.1 **El propósito y carácter del uso realizado, considerando si tal uso es de naturaleza comercial o para propósitos educativos sin beneficio económico.**

Este factor se subdivide en dos criterios que pueden ser susceptibles de consideración por parte un Tribunal. Estos criterios son: (1) si el uso de la obra tuviere o no un carácter comercial; y (2) si el uso de la obra fuere o no “*transformativo*”. Con respecto al segundo criterio, de acuerdo con el caso más importante en este sentido¹¹¹¹, “*uso transformativo*” significa un uso que consista en “*añadir algo nuevo, con un propósito ulterior, o de distinto carácter, que consista en una nueva expresión, significado o mensaje*”¹¹¹². Este uso, que resulta crucial a efectos del dilema digital, puesto que se ha elucubrado y teorizado en gran medida sobre los efectos jurídicos del “*sampling*”, no resulta demasiado relevante para el tema que nos ocupa¹¹¹³. Simplemente diremos que un “*uso transformativo comercial*” puede ser considerado “*fair use*”, de lo cual podemos deducir que el que se realice un uso no autorizado “*comercial*” de una obra no resulta un factor “*sine qua non*” a efectos de que tal uso sea ilegítimo de acuerdo con el análisis que proporciona la doctrina del “*fair use*”.

Lo que nos lleva necesariamente a un análisis más detenido del primer criterio, que no es otro que el uso que se realice de una obra sea o pueda ser considerado (o no) “*comercial*”. Desde un acercamiento intuitivo a la norma, podríamos pensar que todo uso no autorizado de una obra, pero en el que sin embargo no se aprecie en el usuario un ánimo “*comercial*”, sería necesariamente

¹¹¹⁰ Usos para “*propósitos tales como la crítica, el comentario, informar sobre una noticia, la docencia (incluyendo la realización de múltiples copias para su uso en un aula de enseñanza), la erudición, o la investigación académica*” Sección 107 de la Copyright Act de EE.UU.

¹¹¹¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 510 U.S. 569 (1994). Sobre un caso en que se invocó la defensa de “*fair use*” sobre el uso transformativo y no autorizado de una obra, en que el demandado alegó el propósito de parodiarla.

¹¹¹² Ídem. Pág.

¹¹¹³ Si el lector está interesado en el tema, le recomiendo empezar con LESSIG, LAWRENCE, *Remix*. Penguin Press, Nueva York, 2008.

“justo” de acuerdo con esta doctrina, y que los usos “comerciales” infringirían necesariamente el copyright (lo que podríamos bautizar como “aproximación en blanco y negro”). No obstante, aunque este factor se toma sin duda en consideración por parte de los tribunales, no resulta determinante ni siquiera a la hora de articular una presunción. Por ello, no existe una presunción en el sentido de que los usos no comerciales sean inexorable y necesariamente “fair uses”. El Tribunal Supremo ha fallado que una presunción automática en este sentido “devoraría casi todos los usos que a modo ilustrativo se enumeran en el párrafo que sirve de preámbulo a la sección 107... [de la Copyright Act]” ¹¹¹⁴ . Evidentemente, la mayoría de los usos educativos, informativos, etc., son también comerciales, en el sentido de que no son gratuitos para los educandos o los receptores de la información; así que esta interpretación no se halla exenta de lógica. Consecuentemente, el que el uso en cuestión sea o no comercial no representa un factor decisivo o conclusivo para decidir si tal uso es una infracción del copyright, o por el contrario resulta permitido de acuerdo a la doctrina del “fair use”, aunque sin duda resulta un factor importante a considerar en el análisis realizado por dicha doctrina. Ahora bien; ¿Qué significa exactamente “uso comercial” en el sistema jurídico norteamericano?

Según otro de los casos fundamentales que el Tribunal Supremo de los EE.UU. dedicó al respecto del “fair use” ¹¹¹⁵ , el “uso comercial” de una obra no representa solamente un beneficio directo (mediante su venta, alquiler, etc.), o indirecto (mediante publicidad) que se pueda conseguir por el infractor mediante el acto de explotación no autorizado de tal obra. También se ha de considerar “uso comercial” cuando el usuario se ahorra realizar el desembolso económico que en circunstancias normales debería acometer para usar y disfrutar tal obra. En concreto, el Tribunal Supremo señala que bajo la doctrina del “fair use” se debería evaluar “si el usuario se coloca en una situación de beneficiarse de la explotación del material sujeto al copyright sin pagar el precio acostumbrado [en el mercado por el uso de tal material]” ¹¹¹⁶ . Por tanto al ánimo de lucro, la motivación de uso comercial indirecto de un usuario sobre una obra, incluye el propósito de ahorro ilegítimo, que resultaría directamente proporcional al lucro cesante del propietario del copyright.

¹¹¹⁴ “...would swallow nearly all of the illustrative uses listed in the preamble paragraph of § 107”. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 510 U.S. 569, pág. 584 (1994).

¹¹¹⁵ *Harper & Row, Publishers, Inc., v. Nation Enterprise*, 471 U.S. 539. (de aquí en adelante Harper).

¹¹¹⁶ Ídem. En pág 562. Referenciado por SUN, HACHOEN., Op. Cit., Pág 286. (Traducción del Autor).

Es más, si aplicamos lo anteriormente expuesto al tema que nos ocupa, veremos que existe una extensa jurisprudencia a este respecto. Los tribunales norteamericanos han señalado expresamente en el caso NAPSTER ¹¹¹⁷, que “[el probar] *beneficio económico directo no se requiere para demostrar un uso comercial. En su lugar, copiar repetida y explotadoramente* [en el sentido de que usuario use y disfrute tales obras] *de obras sujetas al Derecho de Autor, incluso si tales obras no se ofrecen para su venta, podría constituir uso comercial*” ¹¹¹⁸, y que “*el uso comercial se demuestra demostrando que la copia no autorizada, repetida y explotadora de las obras sujetas al Derecho de Autor se hicieron con el objeto de ahorrar el gasto en que se incurriría de adquirir copias autorizadas*” ^{1119 1120}.

¿Es de acuerdo a esta concepción el límite de copia privada un uso comercial? Imaginemos que un usuario se compra un CD de Bob Dylan y realiza una copia digital en formato MP3 en el disco duro de su ordenador, para posteriormente transferir este MP3 a su Ipod, que escuchará posteriormente en su coche, habilitado a tal efecto. ¿Representa esto un uso comercial? Estrictamente sí, puesto que el usuario se ha ahorrado el dólar que hubiera tenido que invertir en comprar la canción en ITUNES. No obstante, la teoría del “*fair use*”, como veremos siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo SONY ¹¹²¹, permite a este usuario que ha accedido legalmente a la obra, puesto que la adquirido, realizar una copia para escucharla en su coche a través de su Ipod, y ahorrarse así tener que transportar 40 CD’s en forma tangible en su vehículo. Pero estrictamente, en EE.UU. esto es un uso comercial, puesto que está realizando un acto de reproducción no autorizada ya que esta autorización resulta ser una facultad del propietario del copyright. Cosa distinta es que esta clase de uso se considere “normal”, y la propia RIAA así lo reconozca; pero estrictamente hablando es este un acto que implica un ahorro al usuario, y un lucro cesante al titular de derechos sobre la obra, por lo que sin duda podemos hablar de un “*uso comercial*”.

¹¹¹⁷ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

¹¹¹⁸ Ídem. Pág 1015. Referenciado por SUN, HACHOEN. Op. Cit., nota 139. Traducción del autor.

¹¹¹⁹ Ídem. Referenciado por SUN, HACHOEN, Op. Cit., nota 139. Traducción del autor.

¹¹²⁰ Como veremos posteriormente, en España el TS había desarrollado una doctrina sobre el ánimo de lucro, basada en el lucro cesante, que tenía muchos puntos en común con esta concepción de uso comercial, y con la que acabó la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado con el objeto de dejar fuera del alcance de los tribunales a los usuarios que se descargaran obras de manera no autorizada de redes P2P, por razones de oportunidad política, ya que perseguir a los usuarios resultaba tremendamente impopular.

¹¹²¹ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 417-18, 437-39 (1984). (en adelante SONY).

El lector medio español puede que se lleve las manos a la cabeza, e incluso se mese los cabellos, tras leer el párrafo anterior; pero realizar una copia no autorizada es estrictamente un acto comercial. De hecho, el que sea un acto comercial es la razón por lo que cuando el legislador alemán desarrolló el límite de copia privada en Alemania. Y además lo hizo acompañándolo de una compensación económica que surgía de un canon en las cintas de casete que se repartía a su vez posteriormente a los autores a través de las sociedades de gestión. ¿Una locura? Bueno, en la Sentencia PADAWAN, tan citada por los que defienden que existe un derecho de copia privada de los usuarios, se dice explícitamente lo siguiente:

“Pues bien, la realización de una copia por una persona física que actúa a título particular debe considerarse un acto que puede generar un perjuicio para el autor de la obra en cuestión” ¹¹²² .

Y...

“Por consiguiente, quien causa el perjuicio al titular exclusivo del derecho de reproducción es la persona que realiza, para su uso privado, una reproducción de una obra protegida sin solicitar la autorización previa del titular. Así pues, incumbe en principio a dicha persona reparar el perjuicio derivado de tal reproducción, financiando la compensación que se abonará al titular.” ¹¹²³ ”

Y además...

“Partiendo de lo anterior, habida cuenta de las dificultades prácticas para identificar a los usuarios privados y obligarles a indemnizar a los titulares de los derechos por el perjuicio que les causan y atendiendo al hecho de que el perjuicio que puede derivarse de cada utilización privada, considerada individualmente, puede resultar mínimo y, por lo tanto, no dar origen a una obligación de pago, como indica la última frase del trigésimo

¹¹²² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea(Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010 PADAWAN, S.L., contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) , et al., Punto nº 44.

¹¹²³ Ídem. Punto nº 45.

quinto considerando de la Directiva 2001/29, los Estados miembros tienen la facultad de establecer, al objeto de financiar la compensación equitativa, un «canon por copia privada» que no grava a las personas privadas afectadas, sino a quienes disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y, a este título, de derecho o de hecho, ponen dichos equipos a disposición de personas privadas o les prestan un servicio de reproducción. En el marco de dicho sistema, son las personas que disponen de dichos equipos quienes han de abonar el canon por copia privada” ¹¹²⁴.

Por lo tanto, el TJUE también parece considerar que la realización no autorizada de una copia, aunque sea privada representa un “uso comercial”, puesto que lleva implícitas consecuencias económicas que habrán de ser reparadas mediante un sistema de compensación equitativa.

Por supuesto estamos hablando de la consideración de uso comercial con respecto al primer factor del “fair use” americano. En España y en el ámbito de la UE, la copia privada no se considera “comercial” en el sentido de que si se hace en EE.UU. con el objeto de calibrar el primer factor del “fair use”. En otras palabras, tanto en España como en Europa la ecualización de la copia privada con la “copia no explotada comercialmente” no existe. No obstante, la Opinión de la Abogada General del TJUE deja muy claro que las copias obtenidas a través de las redes P2P (en su opinión) no representan en ningún caso copias privadas:

“En cuanto a la segunda parte de la cuestión, ha de señalarse ante todo que la finalidad de la «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, no consiste en indemnizar a los titulares de derechos por la comisión de actos ilegales relativos a la reproducción no autorizada de obras y prestaciones protegidas. Sólo existe derecho a una compensación por copia privada en caso de que lo autorice la normativa en materia de derechos de autor del Estado miembro. El hecho de que pueda constatarse una infracción generalizada del derecho de reproducción, en principio exclusivo, que corresponde al autor –como sucede por ejemplo en Internet mediante las redes de intercambio de archivos denominadas P2P («peer to peer»)– no es relevante a efectos del citado precepto de la Directiva ni puede considerarse un factor a

¹¹²⁴ Ídem. Punto nº 46.

la hora de buscar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derecho y de los usuarios. En efecto, este tipo de copias ilegales suele tener fines comerciales. En todo caso, tienen una finalidad distinta del «uso privado» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por lo que no están incluidas en la posibilidad de limitar el Derecho de Autor”.

Opinión que difiere radicalmente de la de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en el fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del caso elrincondejesus.com ¹¹²⁵ :

“Partiendo de aquí y en materia de reproducción, como se indicó en sede de medidas, se ha de tener en cuenta el límite recogido en el art. 31.2 de la LPI, pues las obras que circulan en el gran almacén, que constituye Internet generalmente ya se han divulgado, por persona física para uso privado con un acceso legal (pues la red P2P es legal) y la copia no es objeto de una utilización lucrativa, ni tampoco colectiva, pues estas dos expresiones se refieren a la posterior utilización que se hace de la obra una vez descargada, una vez obtenida la copia. Salvo los casos en que se haga una utilización en un ámbito público o con una finalidad lucrativa, claro está.”

O sea, que la descarga de archivos que contengan obras protegidas por el Derecho de Autor desde redes P2P sí que está protegido por el límite de copia privada. Esto parece contravenir la argumentación de la Abogada General del TJUE sobre este límite. Veamos lo que opinaba la Fiscalía General del Estado:

“Respecto del usuario que “baja o se descarga de la Red” una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica.” ¹¹²⁶ .

Esta, como decíamos es la razón de ser de este trabajo, el estiramiento conceptual que se ha hecho en España del límite de copia privada en España para que cubriera en la práctica los casos de

¹¹²⁵ Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010.

¹¹²⁶ Circular 1/2006 de la fiscalía general del Estado. Pág 34.

piratería a través de las redes P2P. ¿Para qué? Para compensar a los autores por el uso indebido que se hace de sus obras a través de las redes P2P a través del canon sobre equipos de grabación destinado a cubrir económicamente la compensación equitativa pensada para remunerar a los autores por los actos realizados al amparo del límite de copia privada en su nobilísima concepción original. ¿Por qué? Porque resulta extremadamente impopular para un gobierno prohibir de manera efectiva el uso de las redes P2P. De ahí el caos conceptual con que se viven los derechos de autor en España por parte de los usuarios. Y esto con una redacción positiva de la norma del artículo 31.2 de la LPI en apariencia muy precisamente detallada y restrictiva. ¿Podríamos imaginarnos qué ocurriría si se instaurara en España un sistema doctrinal tan flexible como el “*fair use*”?

Volveremos sobre esto posteriormente. Aunque parezca que estas últimas dos páginas no correspondan conceptualmente a este punto de este trabajo, creo necesario introducir este tema ahora para que el lector vea el resto de mi exposición sobre el “*fair use*” que viene a continuación con otros ojos: con los ojos críticos de quien se imagine la aplicación de este sistema en nuestro ordenamiento jurídico. Sigamos con nuestra exposición, y pasemos a considerar el segundo factor.

3.3.2.2 **La naturaleza de la obra sujeta a copyright.**

SUN considera que este factor es el menos controvertido de los cuatro. Los tribunales examinan bajo su luz principalmente dos circunstancias: (a) si la obra ha sido publicada o no ¹¹²⁷, y (b) si la obra es un trabajo de ficción o eminentemente factual. Así, si la obra es un trabajo basado en “hechos reales”, entonces (como sabemos) los hechos se pueden utilizar por cualquiera sin autorización alguna, puesto que estos quedan fuera del ámbito de protección del copyright, aunque no la expresión de los hechos (por ejemplo, el “copia/pega” de una noticia firmada por su autor, y publicada en un periódico -analógico o digital-, como cualquiera de las que hemos utilizado en este trabajo al hablar de la situación en España) o su compilación (por ejemplo, una base de datos)

¹¹²⁷ En el caso *Harper*, la revista *Nation* publicó 400 palabras que constituían la parte crucial de una entrevista al ex presidente americano Gerald Ford: concretamente la parte crucial de un libro consistente en la susodicha entrevista, donde Ford hablaba del indulto concedido por él al ex presidente Nixon. El Tribunal Supremo tuvo en gran consideración para considerar que este uso no era “justo” el que el libro no se había publicado aun. Obviamente, si la obra no está publicada, el daño hecho al potencial mercado de la misma es mucho mayor (y hablamos de un sistema en donde los derechos morales podríamos decir que prácticamente se acaban de reconocer por exigencia de la adhesión de los EE.UU. a determinados Tratados Internacionales sobre Derecho de Autor).

con un mínimo de originalidad, que por supuesto sí se protege por el “copyright” (y por el Derecho de Autor, amén de por su propia legislación como veremos más adelante).

En cuanto a que la obra haya sido publicada o no, esta circunstancia en los EE.UU. a veces tiene gran importancia para el tema que nos ocupa. En marzo de 2009, una copia no autorizada de la película “*X-Men Orígenes: Lobezno*”, con calidad de alta definición, fue filtrada con anterioridad a su estreno y descargada 4,5 Millones de veces a través de las redes P2P con anterioridad a este ¹¹²⁸. LEVINE toma este hecho para reflexionar sobre los efectos de la piratería sobre la explotación normal de una obra:

“Ahora veamos los efectos de la piratería. Resulta estúpido argumentar que cada uno de los cuatro millones de personas que se descargaron la película ¹¹²⁹ ilegalmente representa la pérdida de la venta de una entrada, tal y como algunos estudios financiados por la industria cinematográfica hacen. Pero parece todavía más absurdo sugerir que ninguna de esas personas habría pasado por taquilla [de no haberse descargado la película]. Digamos que o uno de cada veinte usuarios que se la ha descargado equivaldría a la pérdida de la venta de una entrada en taquilla –lo cual resulta una estimación Bastante conservadora ¹¹³⁰-. Esto representaría 200.000 entradas que se dejarían de vender -alrededor de dos millones de dólares en beneficios generados por la taquilla-. Esto representa dinero de verdad” ¹¹³¹.

¹¹²⁸ Incluso un reportero del canal FOX llamado Roger Friedman, realizó una crítica basada en la copia no autorizada, lo que condujo a su despido. El culpable fue sentenciado a un año de prisión. V. RABINIER, STEPHANIE, *Man Gets 1 Year in Prison for Uploading Pirated 'Wolverine' Movie*, 12 de enero de 2012, <http://blogs.findlaw.com/technologist/2012/01/man-gets-1-year-in-prison-for-uploading-pirated-wolverine-movie.html>. (consultado por última vez el 21 de marzo del 2012).

¹¹²⁹ Este comentario de LEVINE Se realiza el contexto del análisis Del aparición en la redes P2P Con anterioridad a su divulgación de la película “*X-Men orígenes: Lobezno*”, lo cual sirve a LEVINE para realizar un análisis del impacto de las descargas en la recaudación final de la película, y en la recuperación de la inversión inicial realizada por sus productores.

¹¹³⁰ LEVINE Toma este ratio del estudio realizado en marzo del 2010 por la consultoría TERRA, titulado “*Buiding a Digital Economy: The Importance of Saving Jobs in the EU’s Creative Business*”

¹¹³¹ “Now let’s look at the effect of piracy. It’s foolish to argue that each of the four million people who downloaded the movie illegally represented a lost ticket sale, as some industry-funded studies of piracy do. But it seems more absurd to suggest that none of them did. Let’s say one in twenty downloaders represents a lost ticket sale –a fairly conservative estimate-. That’s 200,000 unsold tickets –around \$2 million in lost box-office revenue. That’s real money”. LEVINE, ROBERT, *Free Ride: How Digital Parasites Are Destroying the Culture Business, and How the Culture Business Can Fight Back*, Double Day, New York, 2011. Pág. 180. (Traducción del autor).

En España, el artículo 31.2 de la LPI habla de que para que la reproducción de una obra sea considerada copia privada, entre otros requisitos esta ha de estar “divulgada”. No obstante, como veremos, lo que sea que la obra haya sido “divulgada” es un concepto bastante difuso. La misma sentencia de elrincondejesus.com, parece dar a entender que una vez que una obra esté disponible en una red P2P presuntamente ya se habrá divulgado:

*“...se ha de tener en cuenta el límite recogido en el art. 31.2 de la LPI, pues las obras que circulan en el gran almacén, que constituye Internet generalmente ya se han divulgado, por persona física para uso privado con un acceso legal (pues la red P2P es legal)...”*¹¹³²

No obstante, muchas de las obras audiovisuales, de las películas, que se pueden encontrar en las redes P2P y similares han sido ilegalmente grabadas en salas cinematográficas. ¿Están estas obras divulgadas? En puridad sí, puesto que el estreno de una película para su exhibición comercial en cines podría considerarse análogo a la publicación de un libro. No obstante, cuando una película se halla en periodo de exhibición en salas comerciales, normalmente esta película no se encuentra simultáneamente en alquiler o venta en formato DVD o similar. De hecho la película normalmente no llegará a este circuito hasta al menos tres meses transcurridos desde su estreno en sala de cine. Las películas así van agotando sucesivamente canales o ventanas de exhibición; esto es, se estrenan en los cines, pasan a mercado de alquiler y compra en formato DVD, de ahí saltan a las televisiones de pago, para finalmente emitirse en canales de televisión en abierto. En el nuevo mercado de Internet, estas se comercializan en la Red más o menos al mismo tiempo que lo hacen en formato DVD. Por lo tanto se deberían considerar las diversas etapas de comercialización de una película para definir cuándo se ha divulgado. El que una película se estrene y se exhiba en un cine o sala comercial, no significa que la película se haya divulgado en el mercado de DVD, o en mercado legal de Internet. Evidentemente el artículo 4 de la LPI no toma esto en consideración¹¹³³. Esto

¹¹³² Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010. Fundamento Jurídico 3º.

¹¹³³ “A efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma; y por publicación, la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma.”

es porque la LPI toma muy en serio los derechos morales del autor, entre los que se encuentran “*decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma*”¹¹³⁴. Por ello, aquí hay que tener en cuenta que en EE.UU. los derechos morales como hemos dicho existen en su mínima expresión. Consecuentemente, la publicación o no de la obra no emana en EE.UU. de los derechos morales de los autores, sino del derecho del titular del copyright a elegir el momento oportuno de publicación para maximizar los beneficios derivados de la explotación económica de la obra; lo cual resulta de toda lógica en el marco de una economía de mercado.

3.3.2.3 **La cantidad y sustancialidad de la parte usada en relación a la obra objeto de copyright considerada como un todo.**

El tercer factor del “*fair use*” tampoco resultaría determinante para nuestro trabajo; puesto que si bien el Tribunal Supremo de los EE.UU. ha reconocido que cuando hablamos de una copia literal de la obra, y existe un “*uso comercial*” en el sentido más amplio del concepto (es decir, casi siempre), tal y como lo hemos explicado más arriba, existe una presunción rebatible de que no nos hallamos ante un caso en que resulte aplicable la doctrina del “*fair use*”¹¹³⁵. No obstante, este factor no resulta tampoco determinante, puesto que puede ocurrir que hablemos de una copia literal e íntegra no autorizada de la totalidad de una obra, y exista “*fair use*”¹¹³⁶; y puede asimismo ocurrir que se realice una copia de una porción mínima de la obra y exista infracción del copyright¹¹³⁷.

En el tema que nos ocupa, lo normal cuando se realice una copia privada de una obra es hacer una reproducción de la totalidad de la misma. De hecho el artículo 31.2 de la LPI ni siquiera hace mención a este punto.

3.3.2.4 **El efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor económico de la obra sujeta a copyright.**

¹¹³⁴ Artículo 14.1. LPI.

¹¹³⁵ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 510 U.S. 569 (1994).

¹¹³⁶ Por ejemplo, en *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 417-18, 437-39 (1984). se admite que se pueda realizar una copia no autorizada de una obra audiovisual en televisión, para verla posteriormente cuando sea más conveniente para el usuario (“*time-shifting*”). La nueva redacción del artículo 31.2 de la LPI tanto en el AMLPI 2013 como en el PMLPI 2014 consideran este acto como la realización de una copia privada, sin duda influidos por la experiencia norteamericana.

¹¹³⁷ La ya referida copia de 400 palabras de un libro en *Harper*. Ver nota 1127.

El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha señalado expresamente que el cuarto factor del “*fair use*”; es decir, el relativo al efecto en el mercado de la reproducción no autorizada de una obra protegida por el copyright “*es indudablemente el elemento más importante del “fair use”*”¹¹³⁸. Como veremos este cuarto factor del “*fair use*” es el que guarda un mayor parecido conceptual con la esencia de la “*regla de los tres pasos*”.

En el celeberrimo caso SONY¹¹³⁹ el Tribunal Supremo de los EE.UU. falló que el uso doméstico de una grabadora de videocasete utilizada con el objeto de grabar programas de televisión para que el usuario los pudiera ver en otro momento distinto de cuando estos hubieran sido emitidos (“*time-shifting*”) es un acto permitido bajo la doctrina del “*fair use*”. Esto llevó durante años a la creencia general de que si se realizaba un uso de la obra con ánimo de lucro comercial existiría aparejada una presunción legal de que ese uso no estaría permitido, de que no constituiría en ningún caso “*fair use*”. Posteriormente se confirmó por el Tribunal Supremo que esta presunción sin duda existe cuando se realiza una reproducción literal de la totalidad de la obra¹¹⁴⁰. No obstante, no existiría una presunción automática de que un uso no comercial constituya “*fair use*”, puesto que de haberse adoptado tal presunción existirían categorías enteras de actos que presuntamente estarían permitidos de acuerdo a la defensa del “*fair use*”, lo cual no era lo pretendido por el legislador norteamericano al codificar esta defensa en 1976.

Por tanto, en EE.UU. la descarga de obras protegidas por el “*copyright*” desde una red P2P constituye una infracción de este derecho (y durante un tiempo la industria de contenidos demandó directamente a los usuarios, obteniendo de los mismos en ocasiones indemnizaciones muy elevadas por vía judicial). La razón no era otra que en el país norteamericano se entiende (correctamente) que los actos individuales de reproducción o descarga no autorizados aun cuando no exista un ánimo de lucro “*comercial*” en el usuario, considerados de manera agregada tienen

¹¹³⁸ “...is undoubtedly the single most important element of fair use”. Harper & Row, Publishers, Inc., v. Nation Enterprise, 471 U.S. 539, pág 566; Accord Stewart v. Abend, 495 U.S. 207, pág 238. Referenciado por MCCARTHY, THOMAS J., *McCarthy’s desk Encyclopedia of Intellectual Property*, 2ª Ed., BNA BOOKS, WASHINGTON D.C., 1995. (Traducción del autor).

¹¹³⁹ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

¹¹⁴⁰ Aunque no cuando hablamos de un uso transformativo, como por ejemplo realizar una parodia. *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

un efecto letal “sobre el mercado potencial o sobre el valor económico de la obra sujeta a *copyright*”. En España sin embargo, estos actos se han permitido mediante el límite de copia privada, a pesar de que esta consideración no soporta un escrutinio mínimamente serio bajo la “*regla de los tres pasos*” que estudiaremos inmediatamente después de este punto.

En España muchos sostienen que existe la constancia de que exista un daño económico provocado por las descargas no autorizadas de obras protegidas por el Derecho de Autor, ya que no se puede demostrar si quien haya realizado una descarga hubiera adquirido legítimamente la obra de no haber realizado tal descarga ¹¹⁴¹. Es decir, se niega el lucro cesante provocado por el uso de la obra autorizado legalmente por una limitación. Para quienes argumentan tal cosa, los usuarios realizan reproducciones de obras “porque pueden hacerlo”, pero de no poder, ni las realizarían, ni por supuesto adquirirían la obra en el mercado, lo cual es a mi juicio un maximalismo absurdo, interesado, e intelectualmente poco honesto. Es esta es una postura que exige una “*probatio diabólica*” de los titulares de derechos sobre las consecuencias negativas para la legítima explotación en el mercado de sus obras, emanadas de la reproducción no autorizada de las mismas; porque ¿Cómo se prueba que quien se haya descargado y haya visionado, digamos una película, a través de una red P2P de no haberlo hecho hubiera acudido a una sala comercial, hubiera alquilado o adquirido el DVD, o hubiera esperado a visionarla en un canal de televisión de pago o en abierto? Se olvida entonces un factor subjetivo a mi juicio fundamental: que quien se descarga una obra obviamente demuestra un interés en usar o disfrutar tal obra; y este interés se demuestra precisamente por la realización del propio acto de descarga. Este acto, a mi modo de ver es suficiente para establecer una presunción de lucro cesante a favor del titular de derechos sobre la obra respecto a un determinado usuario.

Volviendo al cuarto factor del “*fair use*”, algunos autores, como por ejemplo BELL, nos recuerdan que el “*uso justo*” o “*fair use*” no equivale a “*uso gratis*” o “*free use*”. De alguna manera, los usuarios que realizan actos protegidos por el “*fair use*” acaban incurriendo en ciertos costes por estos actos. Es decir; el profesor que realiza fotocopias a sus alumnos de una poesía, con el objeto de que estos realicen un comentario de texto sobre la misma, incurre en gastos de tinta, tiempo,

¹¹⁴¹ BRAVO BUENO, DAVID, *Copia este libro*, Editorial Dmem, 2005.

etc.¹¹⁴² De la misma manera, los usuarios que realizan copias personales en CD de una obra que hubieran adquirido legalmente, para escucharla en el coche, incurren en los gastos de compra de un CD virgen, etc. Si entramos en el ámbito de los actos no autorizados, como por ejemplo la descarga no autorizada de una película a través de una red P2P, los costes son incluso mayores: el uso de las redes de Internet, que como han advertido los proveedores de servicios en ocasiones llegan a colapsar el tráfico de la Red¹¹⁴³; el gasto en acceso a Internet del usuario; el gasto en tiempo; la frustración inherente puesto a la gran cantidad de “fakes”, que en ocasiones introducen en las redes P2P los propios titulares de derechos para dificultar las descargas no autorizadas de sus obras; el detrimento que supone para los usuarios ser receptores de anuncios publicitarios. Como nos advierte BELL “*No existe ninguna diferencia en que los usuarios paguen una cuota por una licencia en efectivo, mientras paguen los costes de transacción derivados del “fair use” en concepto de oportunidades perdidas. Hablando en términos económicos un coste es un coste*”

¹¹⁴⁴ .

Para hacernos una idea de qué actos de reproducción están permitidos por el “fair use” de acuerdo con este cuarto factor, podemos hacernos la auto-pregunta que MCCARTHY nos recomienda para el caso de la realización de fotocopias: “¿Si no se te permitiera fotocopiar esto, habrías comprado múltiples copias del original? Si la respuesta es sí, Esto es indicativo de un impacto negativo para el mercado potencial de la obra sujeta al copyright”¹¹⁴⁵ . Esta pregunta se puede aplicar también al carácter lucrativo en el límite de copia privada. El usuario cabría preguntarse “¿Si no se me permitiera realizar esta la reproducción, habría comprado múltiples copias del original?”. Obviamente, si la copia se realiza para el propio uso personal en otro lugar (“space-shifting”), a

¹¹⁴² BELL, THOMAS, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automatic Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, North Carolina Law Review, Vol. 76, 1998. Pág. 11.

¹¹⁴³ Telefónica ha advertido que “el 5% de los abonados de móvil consume un 75% del tráfico (la proporción es de 20-80 en el caso de Internet fijo)”. Este tráfico descontrolado ha provocado que incluso se advierta de que la llamada tarifa plana corre peligro. MUÑOZ, RAMÓN, *Telefónica quiere que pague más quien más descarga de Internet*, Diario El País, 31 de agosto de 2010, Disponible en http://elpais.com/diario/2010/08/31/sociedad/1283205604_850215.html. (consultado por última vez el 26 de marzo de 2012).

¹¹⁴⁴ “It makes no difference that consumers pay licensing fees in cash whereas they pay fair use's transaction costs in lost opportunities. Economically speaking, a cost is a cost”. BELL, THOMAS, Op. Cit. Pág. 580. (Traducción del autor).

¹¹⁴⁵ “If you were not permitted to photocopy this, would you have bought multiple copies of the original? If the answer is yes, it's indicative of a negative impact on the potential market for the copyrighted work” MC CARTHY, J. THOMAS, *Mccarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*, BNA Books, Washington, 1995. Pág. 165. (Traducción del autor).

otra hora (“*time-shifting*”), Por otro formato o aparato (“*format-shifting*”), la respuesta sería negativa. ¿Y si realizo una copia para regalársela a un amigo? La respuesta sería muy probablemente positiva. ¿Y si realizo una copia de una red P2P para usarla o disfrutarla? La respuesta aquí sería con toda seguridad “sí”.

La experiencia norteamericana de desarrollo sin precedentes una oferta legal de contenidos asequible y de calidad se explica fácilmente en términos microeconómicos, puesto que a mayor cantidad de usuarios que paguen por un servicio (como por ejemplo el “*streaming*”) de obras audiovisuales por la Red, en que los costes marginales de puesta a disposición para los titulares de derecho o sus licenciarios difieren en principio poco si un solo usuario o mil vieran una película de ese modo (aunque los costes de producción y promoción del contenido, de la obra, se mantienen invariables), existe mayor margen para que el precio por acceso, o la cuota que se cobre a los usuarios por ese servicio sea menor. Oferta legal significa oferta amplia, de calidad, y a un coste asequible, por la propia lógica del mercado. *“Aquellos que condenan o menosprecian la llegada del acceso previo pago, yerran cuando implican que este debe imponer un coste neto en los usuarios. Al contrario, el pago por acceso ofrece una probabilidad considerable de proveer más y mejor información, verificada, organizada, e interrelacionada, a un costo menor que el “fair use” lo hace en este momento”*¹¹⁴⁶. Además, la experiencia también nos ha demostrado que los titulares de derecho o sus licenciarios permiten a los usuarios realizar copias digitales para uso personal cuando así lo demande la propia lógica del negocio.

Cabe señalar que algunos autores han ido asimismo reajustando sus teorías sobre el “*fair use*”. Por ejemplo, en 1982, la profesora WENDY GORDON desarrolló un test de tres pasos que se consideraría para garantizar la excepción de “*fair use*”¹¹⁴⁷. Estos pasos serían los siguientes: (1) la presencia de un fallo de mercado; (2) la conveniencia de que se transfiriera el uso en cuestión al demandado; y (3) que el que se califique el uso en cuestión como “*fair use*” no cause un daño sustancial a los incentivos que los titulares de derecho tengan para crear nuevas obras. Según

¹¹⁴⁶ “*Those who decry the advent of fared use thus err when they imply that it must impose a net cost on consumers. To the contrary, fared use offers a considerable likelihood of providing more and better verified, organized, and interlinked information, at less cost, than fair use does now*”. BELL, THOMAS. (Traducción del autor).

¹¹⁴⁷ GORDON, WENDY J., *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, Columbia Law Review, Vol. 82, Pág. 1600, 1982, 1602-03. Referenciado en GOLDSTEIN, PAUL, *Fair use in context*. The Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 31, 2008. Pág 434.

GORDON, “*existen casos en los que “otorgar “fair use” [de manera genérica] a una clase de usuarios, incitaría a algunas personas, quienes comprarían de otra manera el uso, a obtenerlo gratis*”¹¹⁴⁸. Es decir: la venerable y básica regla económica “*coste cero, demanda infinita*”. Esto es exactamente lo que ha ocurrido en España con el límite de copia privada: la legalización de hecho de las descargas ilegales operada por el límite ha provocado que todos los usuarios situados en la “zona gris” (es decir, ni los que piratearían en todo caso, ni los que no piratearían en ningún caso, sino los que realizan actos de descarga no autorizada porque a) es cómodo y conveniente; b) es de hecho legal –o al menos no es de hecho ilícito-; y c) dejarían de realizar tales actos en el supuesto que estos no resultaran tan convenientes, y además dispusieran de una oferta legal alternativa).

No obstante; veinte años después de desarrollar este test, la profesora reconoció que el eliminar la defensa de “*fair use*” de todos los casos en los que se infligiera un daño sustancial a los incentivos para crear resultaba restrictivo en demasía, y matizó su test dividiendo los fallos de mercado en dos clases: (1) disfunciones del mercado; y (2) limitaciones inherentes al mercado. Por tanto para GORDON los tribunales deberían (y así lo hacen) tratar de manera diferente los casos en que la falta de permiso y compensación se excusan (disfunciones del mercado), de los casos en que la ausencia de permiso y compensación están justificados (las limitaciones del mercado)¹¹⁴⁹. Entre los primeros casos estaría por ejemplo el límite de copia privada sobre obras fijadas en soporte analógico; entre los segundos casos se encontrarían las reproducciones realizadas con el objeto de practicar una crítica (usos derivados de la libertad de expresión).

Parece claro que cuando nos hallemos ante el segundo supuesto, ante una de las limitaciones intrínsecas de mercado, se aplicaría la doctrina del “*fair use*” (aunque se podría tomar en consideración el daño económico que se haga al mercado actual o potencial del titular de derechos de propiedad intelectual sobre la obra, cuando lo que se tome sea “expresión” y no estrictamente “hechos”). Por ejemplo, en los casos de colisión entre los intereses económicos de un titular de

¹¹⁴⁸ “...giving fair use to a class of users would enable some persons who would otherwise purchase the use to obtain the use for free”. Ídem. (Traducción del autor).

¹¹⁴⁹ GORDON, WENDY J., «Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives», en ELKIN-KOREN, NIVA y NETANEL, NEIL WEINSTOCK *The Commodification of Information*, Woter & Clover, Aspen, Pág 149, 152 (2002). Referenciado en GOLDSTEIN, PAUL, *Fair use in context*. The Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 31, 2008. Pág 435.

derechos sobre una obra y la libertad de expresión, prevalecerá la libertad de expresión, lo cual a mi modo de ver podría en algunos casos resultar justo y necesario ¹¹⁵⁰. Imaginemos una obra protegida por medidas tecnológicas, y a la que se accede tras un contrato entre el usuario y el titular de derechos. Si la divulgación de esa obra resulta relevante en términos informativos, parece lógico pensar que su divulgación será legítima. Así lo entiende BELL: “...los tribunales probablemente fallarán que la defensa del “fair use” otorga a los consumidores el derecho a dedicarse a realizar reúsos de la obra limitados, existan DRM o no. El “fair use” continuará desempeñando un papel vital, aunque disminuido, en un mundo en que de otra manera el pago por uso resultará omnipresente. Los contratos que interfieran con la defensa del “fair use” arriesgarían resultar nulos en lo que contradigan la Ley Federal [en este sentido]” ¹¹⁵¹.

No obstante, el bulo de que los derechos de autor, o el nuevo derecho de acceso contractual van a socavar la libertad de expresión no es nuevo, y ciertamente es este un argumento muy popular en España. Muchas de las furibundas reacciones en contra de la “Ley Sinde” tenían como nexo lógico común el sobre el papel razonable temor a que un órgano administrativo, la CPI, pudiera cerrar una web en casos en que la libertad de expresión está en juego. Muchas webs de enlaces, temiendo su cierre, añadieron de la noche a la mañana de manera visible foros de participación para sus usuarios, lo que provocaba que el factor de la libertad de expresión se hubiera necesariamente de considerar a la hora de decidir su cierre. Tal circunstancia se intentó arreglar añadiendo la figura de la revisión judicial “ad hoc” de los actos administrativos procedentes de la CPI que significaran (el potencial) cierre de webs que atentaran contra los derechos de autor, en lo tocante a si tal cierre atentaría contra la libertad de expresión. No obstante, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el americano, principios como la libertad de expresión o información cuando sean

¹¹⁵⁰ No obstante, estoy de acuerdo con LEVINE en que contraponer por regla general libertad de expresión y propiedad intelectual es un argumento falaz: El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha señalado expresamente que “Los Padres de la Constitución pretendieron que el copyright fuera el motor de la libertad de expresión (...) al establecer un derecho comercializable a la explotación sobre el uso de la expresión de las personas, el copyright proporciona el incentivo económico a crear y diseminar [ideas]”. “The Framers intended copyright itself to be the engine of free expression [...] by establishing a marketable right to the use of one’s expression, copyright supplies the economic incentive to create and to disseminate”. *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985). (Traducción del autor).

¹¹⁵¹ “...courts will probably hold that the fair use defense gives consumers the right to engage in limited critical reuses, ARM or not. Fair use will thus continue to play a vital role, albeit a diminished one, in a world of otherwise pervasive fared use. Contracts that interfere with the fair use defense might risk federal preemption. BELL, THOMAS, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automatic Rights Management on Copyright’s Fair Use Doctrine*, North Carolina Law Review, Vol. 76, 1998. Pág 587. (Traducción del autor).

verdaderos, siempre prevalecerán sobre el Derecho de Autor. En el caso americano por mor de la sacrosanta primera enmienda de la constitución de los EE.UU.¹¹⁵², y en España ya hemos visto que la libertad de expresión del artículo 20 de la CE es constitucionalmente de rango superior a los derechos de explotación emanados del Derecho de Autor.

En cuanto a lo que GORDON llama disfunciones del mercado, en que la falta de permiso y compensación del titular de derecho para realizar actos no autorizados de explotación de la obra no se justifican sino que se excusan, como sería el límite de copia privada, es de toda lógica pensar que desaparecida la disfunción de mercado, desaparecerá también la excusa¹¹⁵³.

Las ventajas indudables del sistema del “*fair use*” son dos: (a) permite una respuesta ágil a los nuevos problemas planteados por el “*dilema digital*”, a los “*vacíos de política*”; y (b) permite una rectificación o una matización expeditiva de las limitaciones que provocan efectos distintos a los esperados por el legislador. Esto explicaría la paradoja de que precisamente el sistema americano, donde los derechos se definen de manera más constreñida, y las excepciones de forma formalmente más expansiva, en la práctica resulte mucho más efectivo en cuanto a la protección de los derechos de autor. Por el contrario, la complejidad del sistema continental en cuanto a los cambios legislativos, y la mutabilidad intrínseca de los supuestos de hecho regulados por el Derecho de Autor en la era digital, provoca que en demasiadas ocasiones el sistema continental vaya demasiados pasos por detrás de la realidad, provocando el efecto contrario al pretendido por su configuración formal¹¹⁵⁴. Esta ventaja del “*fair use*” por su mayor flexibilidad es resaltada por SNFTLEBEN: “*Dejar esta discrecionalidad a los tribunales, reduce la necesidad de enmendar constantemente la legislación, que podría tener dificultades en seguir el ritmo al desarrollo tecnológico*”¹¹⁵⁵. Además. Como el mismo HUEGNHOLTZ admite, la pretendida falta de seguridad jurídica que algunos identifican en el sistema del “*fair use*”, no responde estrictamente a la realidad, puesto que por mor de la jurisprudencia los ciudadanos tienen una visión mucho más

¹¹⁵² Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994).¹

¹¹⁵³ GORDON, WENDY J., *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, Columbia Law Review, Vol. 82, Pág. 1600, 1982.

¹¹⁵⁴ Paradójicamente, muchos autores norteamericanos consideran que el sistema continental Está mejor dotado “*a priori*” para realizar una protección efectiva de los derechos de autor.

¹¹⁵⁵ SNFTLEBEN, MARTIN, *The International Three-Step Test A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, JIPITEC, vol. 1, 2010. Pág 69.

casuística, por tanto dotada de mayor claridad sobre sus derechos y obligaciones aplicadas a una situación concreta. Resulta más que evidente que una jurisprudencia concreta es mucho mejor que una norma positiva difusa.

No obstante, una hipotética aplicación del sistema de “*fair use*” en España resultaría desastrosa en el “*status quo*” actual por dos motivos: (a) este sistema debe de estar acompañado por una legislación que permita la protección de los derechos de autor de manera efectiva, con consecuencias jurídicas reales y penas económicas severas para los que infrinjan estos derechos, cosa que no sucede en España donde que el poder coercitivo del Derecho de Autor con respecto a la protección de los derechos de explotación brilla por su ausencia; y (b) requiere una homogeneidad en las resoluciones judiciales que solo es posible en un sistema de derecho consuetudinario, en que los Tribunales están obligados por un sistema de precedente; lo cual tampoco sucede en España, donde a diferencia de EE.UU., las resoluciones judiciales hasta la fecha, sobre la proyección de los derechos de explotación en la Red, han llegado como hemos tenido ocasión de comprobar, a soluciones contradictorias en más de una ocasión. De esta manera, en España resulta difícil saber cuál es el precedente jurisprudencial aplicable (¿el de la Audiencia Provincial de Barcelona; el de la de Vitoria?). Por tanto, la hipotética instauración de un sistema de “*fair use*” en España, por mor de la propia estructura y funcionamiento de nuestro sistema procesal, nos llevaría muy probablemente a una situación de inseguridad jurídica terminal en cuanto a la protección de los derechos de autor.

3.3.3 *El “fair dealing”.*

En el Reino Unido, un examen superficial de los supuestos cubiertos por el “*fair dealing*”, sin tomar en consideración otras líneas maestras del “*derecho de copia*” o “*copyright*”, podría dar la falsa impresión de que los titulares de derechos en este país gozan de una protección casi absoluta. Nada más lejos de la realidad. Como hemos señalado más arriba, los contornos del Derecho de Autor se delinearán primeramente a través de la dicotomía existente entre una idea y la expresión de la misma. Usando esta dicotomía, los Tribunales en el Reino Unido han reconocido expresamente que mientras la Ley sobre Copyright otorga al titular de este derecho sobre una obra las facultades

de reproducirla y distribuirla, pero no permite a este prevenir que terceros expresen libremente las ideas o la información que contenga una obra sujeta al copyright ¹¹⁵⁶.

Las “*fair dealing defenses*”, que son en parte como la defensa del “*fair use*” defensas alegables en un procedimiento por infracción del copyright, “*permiten el uso de obras y prestaciones protegidas para investigación, estudio privado, crítica, comentario, noticias, varios usos educacionales, uso en librerías y archivos o en la administración pública*” ¹¹⁵⁷. Señala D’AGOSTINO que en 1842 se produjo un primer intento de introducir la defensa del “*fair dealing*” en la legislación británica. La norma nonata “*permitía [el uso de] extractos de obras sujetas al copyright con fines de “crítica”, “opinión”, o “discusión”*” ¹¹⁵⁸. D’AGOSTINO, nos recuerda también que la propuesta no se materializó porque “*se pensaba “impedía la difusión general de la literatura”, y porque era “enteramente inconsistente con el interés público”*” ¹¹⁵⁹. La limitación se codificó por primera vez en la Ley Británica sobre copyright de 1911 ¹¹⁶⁰. Para D’AGOSTINO “*La visión [que se da del límite] hoy en día es muy diferente: se dice que el “fair dealing” avanza la difusión general de la obra y promueve el interés público*” ¹¹⁶¹.

La doctrina del “*fair dealing*” se aplica en países de tradición jurídica anglosajona, normalmente antiguas colonias del Reino Unido. Así el “*fair dealing*” existe, además de en Reino Unido; en Irlanda, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Singapur, y La República Sudafricana (aunque el nivel de protección efectiva de la propiedad intelectual difiere enormemente entre estos países). La mayor diferencia con el “*fair use*” norteamericano, es que en este, como hemos visto, se analiza si el acto en cuestión, aunque en principio protegido por el Derecho de Autor, debe ser permitido su

¹¹⁵⁶ CARTER EDWARD L. *Harmonization of Copyright Law in Response to Technological Change Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression*, University of La Verne Law Review, Vol. 30, 2009. Pág. 322. Comentando la Sentencia Ashdown v. Telegraph Group Ltd., [2001] EWCA (Civ) 1142 (Eng.). en sus páginas 24, 31.

¹¹⁵⁷ CABRERA BLÁZQUEZ, FRANCISCO JAVIER, *Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P*, Ponencia expuesta en el «Congreso Internacional de Copia Privada y Piratería de Obras protegidas por Derecho de Autor», 2006. Pág. 3

¹¹⁵⁸ “*allow[ing] extracts [of copyrighted works] for purposes of ‘criticism’, ‘judgement’, or ‘argument’*”. D’AGOSTINO, GIUSEPPINA, *Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use*, McGill Law Journal Vol. 53, Pág. 309 (2008), Pág. 312. Debates previos a la Ley del Copyright del Reino Unido de 1842. (Traducción del autor)

¹¹⁵⁹ “*To impede the “general diffusion of literature” and to be “entirely inconsistent with the public interest”*” Ídem. (Traducción del Autor).

¹¹⁶⁰ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 24.

¹¹⁶¹ D’AGOSTINO, GIUSEPPINA, Op. Cit. “*Today’s view is much different: fair dealing is said to advance the general diffusion of literature and promote the public interest*”. (Traducción del autor).

supera un análisis que se realiza a través de la aplicación jurisprudencial al caso concreto de una serie de factores; mientras que el “*fair dealing*”, especialmente en el Reino Unido, resulta más restrictivo, puesto que consiste en una serie exhaustiva de limitaciones o excepciones al “*copyright*” descritas con precisión en la Ley ¹¹⁶². Entre estas excepciones se encuentran normalmente “*la investigación o estudio, la crítica o reseña, la parodia o la sátira, las noticias de actualidad, y para el consejo profesional por un abogado*” ¹¹⁶³. Esto ha provocado que algunos autores consideren el “*fair dealing*” a medio camino entre los sistemas de limitaciones abiertos y cerrados ¹¹⁶⁴. El “*fair dealing*” se aplica a todos los derechos exclusivos, a todo tipo de obras, comprende tanto las obras en soporte analógico como digital, y ha de ser interpretado de manera restrictiva; de hecho fuera de los supuestos enumerados “*los tribunales raras veces han limitado la propiedad intelectual por razones de interés público*” ¹¹⁶⁵.

Los tribunales de varios de los países enumerados han adoptado una serie de factores para interpretar el acto de explotación en cuestión y determinar si este es justo o leal (“*fair*”), o no. A modo de ejemplo en Canadá estos factores se enumeran en la decisión del Tribunal Supremo de aquel país *CCH Canadian Limited v. Law Society of Upper Canada* (en adelante CCH) ¹¹⁶⁶. Estos factores son los siguientes: (1) Fin (y naturaleza comercial o no del acto ¹¹⁶⁷); (2) carácter del acto (si se permite tradicionalmente por la costumbre del lugar o de la profesión) ¹¹⁶⁸; (3) cantidad lo copiado (en relación con la totalidad de la obra) ¹¹⁶⁹; (4) alternativas posibles al acto ¹¹⁷⁰; (5) naturaleza de la obra ¹¹⁷¹; y (6) efecto del acto sobre la obra ¹¹⁷².

Para que nos hagamos una idea de la aplicación en la práctica de estos factores, vamos a examinar una decisión del Consejo de Copyright canadiense, órgano administrativo semi-judicial que decide si un uso o acto determinado constituye “*fair dealing*”. En esta ocasión ¹¹⁷³, lo que se analizaba era si los actos realizados por los servicios de venta de música a través de Internet consistentes en

¹¹⁶² D’AGOSTINO, GIUSEPPINA, Op. Cit. Pág. 314.

¹¹⁶³ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág. 25.

¹¹⁶⁴ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág. 24.

¹¹⁶⁵ Ídem. Pág. 25.

¹¹⁶⁶ *CCH Canadian Limited v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 SCR 339, 2004 SCC 13.

¹¹⁶⁷ “*Purpose (and Commercial Nature) of the Dealing*”. (Traducción del autor).

¹¹⁶⁸ “*The Character of the Dealing*”. (Traducción del autor).

¹¹⁶⁹ “*The Amount of the Dealing*”. (Traducción del autor).

¹¹⁷⁰ “*Alternatives to the Dealing*”. (Traducción del autor).

¹¹⁷¹ “*Nature of the Work*”. (Traducción del autor).

¹¹⁷² “*Effect of the Dealing on the Work*”. (Traducción del autor).

¹¹⁷³ *Caso Tariff 22A*, Canadian Copyright Board, 18 October 2007.

ofrecer pre-escuchas a sus usuarios vía “streaming” se pudieran considerar “fair dealing”. La Comisión aplicó los factores CCH, y concluyó en sentido positivo. D’AGOSTINO nos lo explica:

*“(1) El fin del “streaming” online era de investigación y se adoptaron “precauciones razonables para asegurarse que los actos de los usuarios fueran leales (por ejemplo, la música se ponía a disposición [de los usuarios] a una calidad inferior, con el objeto de que no constituyera un sustituto para el original); (2) el carácter de los actos era justo, tanto que a la vez constituía y facilitaba que los usuarios escucharan un extracto de una grabación con el objeto de realizar una compra informada; (3) la cantidad de la obra puesta a disposición era modesta [con relación a la obra en su totalidad]; (4) no existían alternativas aparentes a la puesta a disposición vía “streaming”; era la más práctica, más económica, y más segura forma de asegurarse de que los usuarios compraran la música deseada, y como en CCH, la disponibilidad de una licencia resultaba irrelevante; y finalmente (5 y (6) la naturaleza de la obra y el efecto del acto en la obra se consideraban en tándem. La Comisión por tanto consideró aquí que el fin y el uso actual de los servicios eran facilitar la compra de CD’s. Al ofrecer adelantos de la obra, se animaba a que los usuarios la adquirieran, y esto a su vez beneficiaba a los propietarios del copyright”*¹¹⁷⁴

Realicemos un ejercicio de derecho-ficción, y analicemos bajo estos factores la actividad de una hipotética web que proporcione enlaces a descargas de obras protegidas por el Derecho de Autor de forma gratuita, pero que obtuviere ingresos por razón de la publicidad inserta en ella, según el modelo en que se recibe una cantidad determinada por cada usuario que visita la página: (1) el fin de la colocación de enlaces en la web sería puramente para infringir los derechos de los titulares de las obras a las que se enlaza. Normalmente no se toman por los propietarios de estas webs ninguna precaución para proteger los derechos de los usuarios, sino más bien al contrario: los

¹¹⁷⁴ “(1) the purpose of online streaming was for research as “reasonable safeguards” were in place to ensure that users’ dealings were fair (e.g., music was streamed and of a lower quality so as not to constitute a market substitute for the original); (2) the character of the dealing was fair as it both constituted and facilitated the users’ listening to an excerpt of a track to lead to an informed purchase; (3) the amount of the dealing of the streamed work was modest; (4) there were no apparent alternatives to streaming; it was the most practical, most economical, and safest way to ensure that users purchase the desired music, and as in CCH, the availability of a licence was irrelevant; and last, (5) and (6), the nature of the work and the effect of the dealing on the work were considered in tandem. Here the Board noted that the purpose and actual use of the services were to facilitate the purchase of CDs. Offering previews encouraged purchases and in turn benefited copyright owners”. (Traducción del autor)

enlaces se sistematizan para que exista una mayor efectividad en las descargas; (2) el carácter de estos actos resulta manifiestamente injusto, puesto que el objetivo claro es facilitar la reproducción no autorizada de obras sujetas al Derecho de Autor; (3) la cantidad que los usuarios copian a través de los enlaces normalmente constituye la totalidad de la obra; (4) existen alternativas legales a la descarga de la obra, aunque debido a la propia existencia de estas webs no existía hasta hace bien poco un mercado eficiente de descargas legales en España; y (5), (6), la naturaleza de la obra, y el impacto del acto en el mercado de la obra parece claro: se sustituye, sin que los legítimos titulares de derechos sobre la misma recuperen su inversión. Por tanto, parece claro que estas webs no pasarían en ningún caso este test.

¿Y si nos preguntamos por el potencial efecto que este test tendría aplicado al límite de copia privada en el ámbito digital? Veamos:

(1) El fin de la copia privada realizada con todas las “*garantías legales*” de la actual legislación española podría ser un uso “*justo*”; como por ejemplo, cuando tal acto se dirige a fines de “*time-shifting*”, “*space-shifting*”, o “*format-shifting*”; o puede ser “*injusto*”; como por ejemplo, el acto de descarga de la obra desde una red P2P, que, no olvidemos, en España, según la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, y según numerosa jurisprudencia, se hallaría cubierto por el límite de copia privada, y que ciertamente originaría un sustituto para el original en el mercado (otra cosa sería la copia analógica, de menor calidad, degradable, y que ciertamente no se puede evitar).

(2) El carácter del acto puede asimismo ser “*justo*” (“*time-shifting*”, etc.), o “*injusto*” (redes P2P).

(3) La cantidad de la obra que los usuarios reproducen bajo el límite normalmente constituye la totalidad de la obra.

(4) Existen alternativas legales al límite de copia privada digital, como por ejemplo la el límite de copia privada analógica, puesto que no existe un derecho a la mejor copia, e incluso en el ámbito digital existen alternativas legales proporcionadas por el mercado (licencias) que satisfacen las necesidades de “*time-shifting*”, “*format-shifting*”, etc. (iTunes, etc.).

(5) y (6) la naturaleza de la obra, y el efecto real sobre el mercado de la obra, consideradas en tándem, resultan devastadores para sus titulares de derechos de explotación. ¿Parece este un análisis fuera de la realidad? Yo creo honestamente que no.

En nuestro entorno más próximo, en el ámbito de la UE, los dos principales países que siguen la doctrina del “*fair dealing*” son el Reino Unido e Irlanda, cuya legislación analizaremos de forma más específica más abajo ¹¹⁷⁵.

3.4 La “regla de los tres pasos”.

Opina el profesor CABRERA BLÁZQUEZ que la “*regla de los tres pasos*”, “*no es más que una aplicación al Derecho de Autor del adagio latino “exceptio strictissimae interpretationis”, es decir, que una excepción ha de ser interpretada de manera estricta [...] [y] “Fraus omnia corrumpit”, es decir, que el fraude implica también a los que se benefician de él, incluso cuando lo hacen de una manera supuestamente legal*” ¹¹⁷⁶.

La “*regla de los tres pasos*” ¹¹⁷⁷ tiene su origen en la Conferencia de Revisión del Convenio de Berna celebrada en Estocolmo en 1967. Según GERVAIS, la regla tenía por objeto en su génesis restringir las limitaciones al derecho de reproducción ¹¹⁷⁸ (el cual como hemos visto se añadió al Convenio de Berna en esta misma Conferencia de Revisión). Para CARTER la “*regla de los tres pasos*” simplemente significaba en este concreto estadio una confirmación de que se permitirían de manera legal limitaciones al derecho de reproducción de los autores sobre sus obras ¹¹⁷⁹. KNIGHTS explica este punto con mayor profundidad:

“*Por tanto, lo que la Conferencia [de Estocolmo] decidió fue introducir un derecho general de reproducción en la Convención, y al mismo tiempo permitir limitaciones ¹¹⁸⁰ a tal derecho; pero utilizando una provisión legal que no permitiera a las partes contratantes*

¹¹⁷⁵ Ver Págs. 623 y ss, y 634 y ss.

¹¹⁷⁶ CABRERA BLÁZQUEZ, FRANCISCO JAVIER, *Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P*, Ponencia expuesta en el «Congreso Internacional de Copia Privada y Piratería de Obras protegidas por Derecho de Autor», 2005. Pág 6.

¹¹⁷⁷ Parte de la doctrina francesa lo denomina “*Triple Test*”.

¹¹⁷⁸ GERVAIS, DANIEL J., *Op. Cit.*, Pág 23.

¹¹⁷⁹ CARTER EDWARD L. *Harmonization of Copyright Law in Response to Technological Change Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression*, University of La Verne Law Review, Vol. 30, 2009. Pág. 326.

¹¹⁸⁰ En Inglés las limitaciones normalmente se denominan “*exceptions*”.

mantener o introducir excepciones tan amplias que socavarán el derecho de reproducción
1181 ”.

La “*regla de los tres pasos*” se encontraba pues inicialmente regulada en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, que en este punto está redactado de la siguiente manera:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

Sigue explicando GERVAIS ¹¹⁸² que la “*regla de los tres pasos*” no tuvo apenas aplicación práctica hasta que en el año 1994, cuando la OMC la adoptó en el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (de aquí en adelante ADPIC). A partir de este momento esta regla se convirtió en la piedra angular para la interpretación de las limitaciones al Derecho de Autor en el Derecho Internacional; puesto que a diferencia del Convenio de Berna, el ADPIC se puede imponer de manera relativamente coercitiva a los Estados signatarios, ya que se trata de un Acuerdo más de los muchos que ha adoptado la OMC, y por tanto su incumplimiento puede dar lugar a que se adopten sanciones económicas para el país incumplidor por parte de la OMC, incluso en otras áreas del comercio interestatal o internacional que se salgan estrictamente del ámbito de la propiedad intelectual ¹¹⁸³ . Por ello, en palabras de CARTER, la “*regla de los tres pasos*” se convirtió de una “*norma de referencia no vinculante en una norma de aplicación obligatoria*” ¹¹⁸⁴ . De ahí su importancia. La regla de los tres pasos se encuentra regulada en el artículo 13 del ADPIC:

¹¹⁸¹ “*Therefore, what the Conference decided was to introduce a general reproduction right into the Convention, and at the same time allow for exceptions to the right, but by means of a provision which would not permit contracting parties to maintain or introduce exceptions so wide as to undermine the reproduction right*”. KNIGHTS, ROBERT. M., «Limitations and Exceptions under the three-step-test and in National Legislations. Differences between the Analog and Digital Environment», *Regional Workshop on Copyright and Related Rights in the Information Age*, OMPI, Montevideo, 2000. Punto 5. (Traducción del autor).

¹¹⁸² Ídem.

¹¹⁸³ CARTER, EDWARD L. *Harmonization of Copyright Law in Response to Technological Change Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression*, *University of La Verne Law Review*, Vol. 30, 2009. Pág 315.

¹¹⁸⁴ “*from a non-binding "rule of referral" to a "rule of mandatory application"*”. Ídem. Pág 329. (Traducción del autor).

“Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

Como muy bien explica CARTER, lo que más llama la atención de la translación de la regla desde el CB al ADPIC es que en la regulación emanada de este último Convenio se extirpa toda referencia a la facultad legislativa de los Estados miembros de la OMC para implementar o no la regla en sus legislaciones (es decir, se convierte en mandatoria). Por tanto, la “*regla de los tres pasos*” pasa a convertirse en un baremo de interpretación obligatorio para las limitaciones o excepciones al Derecho de Autor.

Otras novedades reseñables son el que se extendiera la “*regla de los tres pasos*” a la interpretación de las limitaciones o excepciones en todos los derechos de explotación emanados del Derecho de Autor, y no sólo al derecho de reproducción. Por último, la versión del ADPIC de “*la regla de los tres pasos*” se encuentra diseñada para proteger los intereses de todos los titulares de derechos de autor (o del “*copyright*”) o de derechos asimilados al Derecho de Autor sobre la obra en sí, como aquellos derechos de los que gozan quienes realizan una interpretación o ejecución de la obra, y no solamente los de los titulares de derechos de autor. Por lo tanto, esta norma interpretativa está diseñada para proteger, entre otros, los intereses de los entes corporativos que financian la creación de contenidos audiovisuales, lo cual no podría ser de otra manera, puesto que nos hallamos en el marco de una economía de mercado^{1185 1186}. España forma parte del ADPIC por partida doble: como Estado miembro de la OMC, y como miembro de la UE, que también es miembro de la

¹¹⁸⁵ CARTER, EDWARD L. Op. Cit., Pág. 329.

¹¹⁸⁶ Es de reseñar que a raíz de los acuerdos en el seno de la OMC, la “*regla de los tres pasos*” también funciona como norma de interpretación de la validez de las limitaciones sobre patentes, marcas comerciales, y diseños industriales. No obstante, la regla es aplicable a los derechos de autor o “*copyright*”, pero no a los derechos económicos que conferidos por el ADPIC a los intérpretes, productores de fonogramas, u organismos de radiodifusión. Asimismo, tampoco es aplicable a la Convención de Roma de 1961 para la protección de intérpretes, productores de fonogramas, u organismos de radiodifusión. Esto ocurriría en 1996 con la adopción del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. SUN, HACHOEN, *Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 5, 2007. Pág 274 y 275.

OMC en su calidad de organización supranacional con capacidad de ser signataria de Tratados Internacionales ¹¹⁸⁷ .

Además, la “*regla de los tres pasos*” se encuentra regulada en el artículo 10 del Tratado de Derecho de Autor (TDA) de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI). La OMPI administra el CB, así que este artículo también reviste importancia. El artículo 10 del TDA señala que:

“(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”

Por su parte, la DDASI, en su artículo 5.5 codifica la “*regla de los tres pasos*” del siguiente modo:

“Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”.

¹¹⁸⁷ Sobre la capacidad de la UE para ser signataria de Tratados Internacionales ver VERWEY, DELANO RUBEN, *The European Community, the European Union and the International Law of Treaties: a Comparative Legal Analysis of the Community and Union's External Treaty-Making Practice*, TMC Asser Press, La Haya, 2004; y sobre las especialidades de la UE como miembro de la OMC ver http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/european_communities_e.htm. (Consultado por última vez el 17 de julio de 2013).

Y el Considerando nº 44 de la misma Directiva nos permite conocer la interpretación auténtica del legislador europeo sobre la “ratio legis” de la “regla de los tres pasos”:

“Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales ¹¹⁸⁸. Las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación. El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los Estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilizaciones de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor”.

Por lo tanto, en el mismo texto de la DDASI, se faculta a los Estados a restringir aún más las excepciones o limitaciones al Derecho de Autor ¹¹⁸⁹ de acuerdo con los “vacíos de política”

¹¹⁸⁸ El Considerando 15 de la DDASI explicita que la adopción de la regla de los tres pasos es resultado de la adopción de ADPIC: “La Conferencia Diplomática celebrada en diciembre de 1996 bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) llevó a la adopción de dos nuevos Tratados, el “Tratado de la OMPI sobre derechos de autor” y el “Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas”, que versan respectivamente sobre la protección de los autores y sobre la protección de los intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas. Estos Tratados actualizan de forma significativa la protección internacional de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, incluso en relación con la denominada “agenda digital”, y mejoran los medios para combatir la piratería a nivel mundial. La Comunidad y la mayoría de los Estados miembros han firmado ya dichos Tratados y se están tomando las oportunas disposiciones para la ratificación de los mismos por la Comunidad y los Estados miembros. La presente Directiva está destinada también a dar cumplimiento a algunas de las nuevas obligaciones internacionales.”.

¹¹⁸⁹ Y a los derechos afines al Derecho de Autor, puesto que la regla de los tres pasos del artículo 13 de la ADPIC se aplica en el artículo 10 del Tratado sobre Derecho de Autor de la OMPI: “(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”, y en el artículo 16.2 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución de Fonogramas: “(2) Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas”. Por tanto la “regla de los tres pasos” se aplica para interpretar no sólo las excepciones al Derecho del Autor, sino también para interpretar las excepciones a la explotación de una interpretación o ejecución de una obra: los llamados “derechos afines”. Como hemos señalado anteriormente en este

provocados por el avance de la tecnología. A mi modo de ver, el Considerando se añadió con la mente puesta en los nuevos sistemas de explotación interactiva de obras en línea, lo cual sería coherente con que este tipo de explotación no se encuentre sujeto al límite de copia privada. Además, considero que si sumamos la interpretación que se hace en la DDASI de la regla, con el hecho de que la limitación de copia privada es de transposición facultativa para los Estados, la DDASI permitiría subsanar los abusos manifiestos provocados por la perversión del límite de copia privada en España, mediante una interpretación restrictiva del límite. Aunque la DDASI hable en su artículo 5.2. b) de “uso privado”, esto se podría subsanar (a) incluyendo en la LPI una definición restrictiva de lo que sea uso privado, restringiéndolo a uso meramente personal con propósitos de “*space shifting*” o similar ¹¹⁹⁰, puesto que, de forma coherente con la indefinición existente en muchos de los términos utilizados en la DDASI, esta no define lo que sea uso privado. La alternativa sería incluir en el mismo texto del artículo 31.2 de la LPI una última frase al efecto de excluir cualquier uso que no deba ser categorizado como privado, especialmente cuando el usuario suba una copia en cualquier red o mecanismo que haga posible la copia de forma automática por terceros. Es decir, que en el momento que el usuario realice el acto de poner a disposición de terceros una copia en la Red, este acto no debería en ningún caso estar cubierto por el límite de copia privada. Aunque la redacción actual del artículo 31.2 de la LPI prohíbe el uso colectivo de la copia obtenida bajo el amparo del límite, lo cual debería haber sido suficiente para evitar los abusos cometidos en su nombre, quizá resulte necesario especificar lo que sea una “*utilización colectiva*” en la Ley.

Es de reseñar que a medida que he ido avanzando mi investigación sobre el tema del límite de copia privada en nuestro país, me he ido dando cuenta que es tal el “*desorden conceptual*” que ha provocado la perversión interpretativa del límite, que parece no existir unanimidad sobre el significado de ninguno de los elementos incluidos en la norma del artículo 31.2 de la LPI. Por ello, en ocasiones he llegado a pensar que quizá lo mejor sería eliminarlo completamente del ordenamiento jurídico español en el ámbito digital, y dejar a la voluntad de los titulares de derechos y a las exigencias prácticas del mercado la solución a los potenciales problemas de “*space-shifting*”

trabajo, hablamos de autores, y titulares de derechos sobre la obra, indistintamente, pero también incluimos los derechos de intérpretes y ejecutantes sobre su interpretación o ejecución.

¹¹⁹⁰ Como, curiosamente, el legislador español ha acabado por hacer un año después de que escribiera este párrafo.

y similares. La solución que parece apuntarse es la de la modificación del texto del artículo 31.2 con el objeto de restringir severamente el ámbito del límite; aunque las opiniones “oficiales” sobre esta solución parecen aconsejar que lo mejor sería eliminar completamente el límite de copia privada del ordenamiento jurídico, al menos en el ámbito digital. Dejo este tema aquí meramente apuntado, puesto que volveremos a él más adelante y con mayor profundidad.

Explica el profesor GONZÁLEZ DE ALAIZA que la “*regla de los tres pasos*” (que él denomina la “*prueba de las tres fases*”) proyecta su influencia en una doble dirección: (1) hacia los legisladores nacionales, en el momento en que hayan de introducir una limitación o excepción en su ordenamiento jurídico; y (2) hacia la judicatura, que ha de tomar la regla en consideración a la hora de aplicar una excepción o limitación a un caso concreto ¹¹⁹¹. No obstante, el propio autor sostiene que la regla es de limitada aplicación práctica debido a la evidente indeterminación terminológica empleada en su articulación positiva ¹¹⁹². La verdad es que, al menos en las numerosas Sentencias dictadas en el ámbito de la jurisdicción española que este autor ha consultado, la aplicación (o incluso la mención) de la “*regla de los tres pasos*” resulta rarísima, a pesar de que se la regla incluso se ha traspuesto directamente en nuestra legislación nacional y se puede encontrar en el artículo 40 bis de la LPI ¹¹⁹³.

Como señala CARTER, resulta imposible analizar la “*regla de los tres pasos*” sin remitirse a la única interpretación cuasi-jurisprudencial que se ha hecho hasta ahora sobre ella, realizada por un Panel de Resolución de Disputas del ADPIC en el marco de la OMC el caso IMRO, que declaró que una excepción de la DMCA americana, que permitía a los restaurantes y bares que tuvieran una televisión o un aparato de radio similar al que se pudiera encontrar en una casa particular no podrían ser demandados por infracción del Copyright, puesto que una Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. ¹¹⁹⁴ había declarado que estos actos constituían “*fair use*” ¹¹⁹⁵ ¹¹⁹⁶. Con

¹¹⁹¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA, Op. Cit., Pág. 236.

¹¹⁹² Ídem. Pág. 237.

¹¹⁹³ “*Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran*”.

¹¹⁹⁴ *Twentieth Century Music Corp v. Aiken*, 411 U.S. 151 (1975).

¹¹⁹⁵ CARTER, EDWARD L. Op. Cit., Pág. 330.

¹¹⁹⁶ De hecho, toda la bibliografía que este autor ha consultado con respecto a este asunto remite inequívocamente a la decisión del panel: CARTER EDWARD L. *Harmonization of Copyright Law in Response to Technological Change Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression*, University of La Verne Law Review, Vol. 30, 2009;

ocasión de la resolución de esta controversia, el panel de la ADPIC realizó un análisis pormenorizado de cada uno de los tres pasos de la regla que a continuación pasamos asimismo a analizar.

KNIGHTS señala que los tres pasos de la regla son cumulativos; es decir, todos ellos deben aplicarse conjunta y escalonadamente si se desea interpretar correctamente la validez de una limitación. Así, si tal limitación no cumple simultáneamente con los tres pasos de la regla, no pasaría el examen legal, y consecuentemente habría de ser descartada ¹¹⁹⁷. GINSBURG por su parte señala que la “*regla de los tres pasos*” es una norma jerarquizada; es decir, que en el análisis de la limitación concreta al Derecho de Autor sujeta a escrutinio mediante el empleo de este examen en primer lugar habría que dilucidar si a) tal limitación realmente se aplica a ciertos casos concretos, para posteriormente entrar a considerar los dos pasos o reglas de interpretación siguientes: b) si entra en conflicto con la explotación normal de la obra; y c) si causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derecho ^{1198 1199}. Además, LOPEZ MAZA

GERVAIS, DANIEL J., *Making Copyright Whole a Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations*, University of Ottawa Law & Technology Journal, 2008, y *Making Copyright Whole a Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations*, University of Ottawa Law & Technology Journal, 2008.; HUGENHOLTZ, BERNT and OKEDIJI, RUTH L., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Final Report, Open Society Institute, 2008; KOJIMA, TOKAHIRO; «Copyright Limitations and the Three-Step-Test in the Digital Era: How to Preserve National Autonomy?», *Contemporary Issues in International Economic and Business Law*, Joint Hokkaido-Kyushu Universities Seminar, 2010; KNIGHTS, ROBERT. M., «Limitations and Exceptions under the three-step-test and in National Legislations. Differences between the Analog and Digital Environment», *Regional Workshop on Copyright and Related Rights in the Information Age*, OMPI, Montevideo, 2000; GINSBURG, JANE C., «Toward supranational Copyright Law? The WTO panel decision and the *three-step-test* for copyright exceptions», RIDA, n° 187, enero 2001; SENFTLEBEN, MARTIN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three Step Test, in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, 2004, y *The International Three-Step Test A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, JIPITEC, vol. 1, 2010; Et al.

¹¹⁹⁷ KNIGHTS, ROBERT. M., «Limitations and Exceptions under the three-step-test and in National Legislations. Differences between the Analog and Digital Environment», *Regional Workshop on Copyright and Related Rights in the Information Age*, OMPI, Montevideo, 2000. Punto 7.

¹¹⁹⁸ GINSBURG, JANE C., «Toward supranational Copyright Law? The WTO panel decision and the *three-step-test* for copyright exceptions», RIDA, n° 187, enero 2001. Pág 12.

¹¹⁹⁹ Algunos autores, entre los más notables GEIGER, han criticado este carácter cumulativo y jerarquizado de la regla, puesto que estas características a su juicio restringen demasiado las limitaciones y excepciones. Proponen como alternativa al carácter cumulativo de las excepciones que se consideren en su conjunto, a la manera del “*fair use*” americano. En cuanto a su carácter jerarquizado, han propuesto que se dé la vuelta a la jerarquía de las excepciones; es decir, que se analice primero si la excepción cumple con el tercer paso, para continuar con el segundo, y finalmente con el primero. Para una mayor información sobre estas posturas v. et al. GEIGER CHRISTOPHE, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, e-Copyright Bulletin, enero-marzo 2007; GUIBAULT, LUCIE, *Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonization. The Case of Limitations on Copyright under the Directive 200129EC*, JIPITEC, 2010. HUGENHOLTZ, BERNT and OKEDIJI, RUTH L., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Final Report, Open Society

nos recuerda que “*las limitaciones, cuando superan la regla una vez, eso no significa que lo hagan para siempre, sino que han de someterse a una evaluación constante*”¹²⁰⁰. El porqué de esta evaluación continua de una limitación resulta especialmente visible en el límite de copia privada considerado en el ámbito analógico y en el ámbito digital. En el ámbito analógico, la limitación podría pasar el examen de la “*regla de los tres pasos*” sin esfuerzo. En el ámbito digital, según voces autorizadas¹²⁰¹, tal y como está redactado y aplicado a la realidad este límite en España no pasaría este test en ningún caso.

3.4.1 **Determinados casos concretos.**

Así, el primer estadio de aplicación de la “*regla de los tres pasos*” implica que el “*numerus clausus*” de limitaciones o excepciones al derecho de explotación de los legítimos titulares de derechos sobre la obra incluido en los distintos cuerpos jurídicos sobre Derecho de Autor mencionados en este trabajo, se han de aplicar solamente a “*determinados casos concretos*”, o, si queremos “*especiales*” (aunque ambos términos indudablemente están designados de manera similar para apuntar que su objeto es el de restringir el ámbito de aplicación de la limitación de que se trate). GINSBURG, como tantos otros autores, cita al profesor RICKETSON¹²⁰² con el objetivo de proporcionar un análisis detallado de este primer paso, realizando una lectura del mismo que consta de dos partes: (a) la limitación¹²⁰³ al Derecho de Autor en cuestión debe tener como objetivo un propósito específico y determinado, por lo que las limitaciones que cubran un amplio espectro de usos no pasarían esta primera criba; y (b) la limitación en cuestión debe encontrarse justificada por un “*claro motivo de interés público u otra circunstancia excepcional*”¹²⁰⁴. No obstante SUN nos advierte de que tras estudiar la decisión del Panel, el mismo

Institute, 2008. SENFTLEBEN, MARTIN, *The International Three-Step Test A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, JIPITEC, vol. 1, 2010. GERVAIS, DANIEL J., *Making Copyright Whole a Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations*, University of Ottawa Law & Technology Journal, 2008.

¹²⁰⁰ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág 48.

¹²⁰¹ Como por ejemplo la de MARTIN PRAT, Directora de la Unidad de Derecho de Autor, Dirección de Mercado Interior de la Comisión Europea. MALMIERCA RAQUEL; MARTIN-PRAT, MARÍA; RAMIREZ, JAVIER; XALABARDER RAQUEL *Mesa redonda La copia privada digital*. IDP, Revista de Internet Derecho y Política, nº 1, pp. 33-35., 2005.

¹²⁰² GINSBURG señala al Profesor RICKETSON como la mayor autoridad en el estudio del Tratado de Berna.

¹²⁰³ GINSBURG utiliza en término “excepción”.

¹²⁰⁴ “*Clear reason of public policy or some other exceptional circumstance*”. GINSBURG, JANE C. Op. Cit., Pág 11., citando a RICKETSON, Samuel, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, 1987, 9.6. Traducción del autor).

RICKETSON se retractó, y advirtió que el que la limitación tenga un claro interés público o no probablemente resulte irrelevante ¹²⁰⁵. Subsiste, sin embargo, la necesidad de que la limitación haya de tener un propósito concreto y determinado, lo cual se demuestra considerando que en los trabajos preparatorios de la Convención de Berna, los términos “*particular*”, y “*específico*” sustituían al término “*especiales*”, que es el utilizado por el Convenio de Berna. Así pues, en este primer paso, de acuerdo con la interpretación del propio Panel de la OMC, los términos “*concreto*” o “*especial*” equivalen a “*excepcional*” ¹²⁰⁶.

No obstante, es el profesor SUN quien tomando como base el Informe del Panel nos proporciona una explicación sistemática de este primer paso, matizando en tres partes conceptuales los elementos que han de existir necesariamente en las limitaciones o excepciones que se sometan y superen al examen de la primera regla de la regla de los tres pasos:

(1) La limitación en cuestión ha de estar “*claramente definida*”. Este requerimiento “*garantiza un grado suficiente de seguridad jurídica*”. No obstante, no es necesario para la legislación nacional “*identificar explícitamente todas y cada una de las situaciones posibles en las cuales se podría aplicar la limitación, siempre y cuando el alcance de tal limitación sea conocido y particularizado*” ¹²⁰⁷. Es decir, se le pide de manera muy razonable al legislador que la limitación en cuestión se encuentre redactada con un grado suficiente de claridad. Como veremos, el límite de copia privada no está claramente definido en la LPI, sino que muy al contrario, se encuentra redactado de manera ciertamente ambigua, y utiliza elementos que son susceptibles en potencia y han sido actualmente interpretados de manera muy diversa: como por ejemplo el elemento del “*acceso legal*” o “*uso privado*”, y que hacen muy difícil aseverar cual sea el alcance verdadero de la limitación.

¹²⁰⁵ Cita SUN a RICKETSON en este sentido explicando el profesor que tras estudiar la decisión del Panel “*encuentra difícil y sin duda innecesario, mantener [su] interpretación de que la expresión “en determinados casos concretos” también requiere que estos tengan una justificación subyacente de interés público*”. “*find[s] it difficult and indeed, unnecessary, to maintain [his] earlier interpretation of the expression ‘certain special cases’ as requiring also that these have an underlying public policy justification.*”. RICKETSON, SAM. The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries And Closed Exceptions 31 (2002). Citado por SUN, HACHOEN, *Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 5, 2007. Pág 283. (Traducción del autor).

¹²⁰⁶ KNIGHTS está de acuerdo con esta interpretación. KNIGHTS, ROBERT. M., Op. Cit. Puntos 12-13.

¹²⁰⁷ Informe del Panel, *United States -- Section 110(5) of the U.S. Copyright Act*, WT/DS160/R (15 de junio de 2000). Citado e interpretado por SUN, HACHOEN. Op. Cit. Pág 283.

(2) La limitación de que se trate ha de encontrarse “*“limitada o restringida en su ámbito de aplicación y alcance”*. Esto significa que la limitación “*debe estar limitada a su campo de aplicación o excepcional en su alcance”*. Puesto de otra manera: para garantizar un grado suficiente de seguridad jurídica, una limitación debe ser mantenida de manera limitada cualitativa y cuantitativamente”¹²⁰⁸. Esto es, los actos cubiertos y autorizados por cuenta de un límite legal han de encontrarse claramente identificados, o en su defecto las reglas para conocer en la práctica si un determinado acto sujeto a un derecho de explotación se halla autorizado legalmente por un límite a tal derecho han de estar claramente fijadas; debiendo considerar de no ser así que dicho acto se halla aún supeditado a la necesaria autorización por parte de los titulares de derechos, y consecuentemente no aplicando el límite de manera extensiva. Una vez que se utiliza el límite para autorizar las descargas a través de las redes P2P como hizo la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, o las Sentencias posteriores de distintas Audiencias Provinciales, se ha dado sin duda un salto cualitativo. Para apreciar tal salto en su verdadera magnitud, no hay más que fijarse en el número de descargas no autorizadas realizadas de manera en nuestro país, en el estado de la industria de contenidos, y en los magros recursos que han devengado los autores y asimilados legales durante los últimos años por cuenta de sus derechos de explotación.

(3) Por último, y como ya hemos visto más arriba, el eventual examen del interés público subyacente a una limitación queda extramuros de los elementos necesarios que se han de considerar para su análisis, de acuerdo con el primer paso de la regla. No obstante, el interés público de la limitación tiene un interés de carácter interpretativo subsidiario, puesto que “*podría resultar útil desde un punto de vista fáctico para realizar una inferencia acerca del alcance de una limitación o excepción o de la claridad de su definición*”¹²⁰⁹. En el caso del límite de copia privada, no habría que analizar de manera necesaria el potencial

¹²⁰⁸ “*Narrow in its scope and reach.*” This means a limitation “*must be limited in its field of application or exceptional in its scope.*” Put differently, in order to guarantee a sufficient degree of legal certainty, a limitation should be maintained in a quantitatively and qualitatively narrow way”. Ídem. Pág 282. (Traducción del autor).

¹²⁰⁹ “*May be useful from a factual perspective for making inferences about the scope of a limitation or exception or the clarity of its definition.*” Ídem. (Traducción del autor).

interés público que subyaciera al mismo, aunque a mi modo de ver resulta claro, que el carácter de interés público de esta limitación se limita al ámbito analógico, y no resulta tan claro es que tal interés público exista en el ámbito digital.

Por ello, si hacemos un análisis fáctico del límite de copia privada en España, difícilmente se podrá considerar que opera en ciertos casos excepcionales o concretos. Para que tal cosa ocurriera se debería circunscribir el límite a ciertos estadios determinados (ventanas) en la explotación de las obras. Por ejemplo una vez que una película se comercializara en formato DVD, un usuario legítimo si podría realizar una copia personal de la misma para disfrutar de la misma en su iPad. No obstante, debido al desastre conceptual en cuanto al elemento de “*acceso legal*”, una copia de una película grabada de manera no autorizada en un cine, que se descargue un determinado usuario a través de una red P2P disfruta de la consideración legal de copia privada de acuerdo a la Fiscalía General del Estado, y a numerosos tribunales como por ejemplo la Audiencia Provincial de Barcelona ¹²¹⁰ . Es decir, el límite de copia privada se utiliza de manera genérica para evitar perseguir a los usuarios que se descarguen obras de manera no autorizada a través de las redes P2P, lo cual representa una perversión obvia del sentido de la limitación. El límite de copia privada por tanto parece ir claramente en contra del primer paso de la “*regla de los tres pasos*”, puesto que se ha convertido en un “*cajón de sastre*”, que justifica poco menos que cualquier reproducción no autorizada ¹²¹¹ .

3.4.2 **Conflicto con la explotación normal de la obra.**

Una vez dilucidado si la limitación o excepción se aplica de manera excepcional, hay que comprobar si su aplicación entra en conflicto con la “*explotación normal*” de la obra (paso que es muy similar al cuarto factor de análisis en la doctrina del “*fair use*”).

¹²¹⁰ V. Pág. 269 y ss.

¹²¹¹ No obstante, en honor a la objetividad, hay que decir que HUGENHOLTZ, analizando la argumentación de la UE en el caso IMRO, llega a la conclusión de que este primer paso disfruta de mucha más laxitud de lo que pudiera parecer. HUGENHOLTZ, BERNT and OKEDIJI, RUTH L., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Final Report, Open Society Institute, 2008. Pág 23.

Volviendo a la decisión del mencionado Panel de la OMC sobre la “*Homestyle exception*” americana, GINSBURG recuerda que el Panel de la ADPIC se basó en los documentos preparados por la Conferencia de Estocolmo, que resultaron en la redacción final del artículo 9.2 del Convenio de Berna, y que citando un informe del Gobierno Sueco, y otro de la Oficina para la Protección de la Propiedad Intelectual (OPPI) (la antecesora de la OMPI) el Panel de la ADPIC indicó que los beneficiarios de una limitación:

«“No deberían entrar en competencia económica” con el titular de derechos. De acuerdo con el informe, “todas las formas de explotación de una obra, que tienen de hecho, o que muy probablemente adquieran una considerable importancia económica o práctica, deben estar reservadas a sus autores” [...] “Por ello...parece que una manera de medir la connotación normativa de lo que sea una explotación normal es considerar, adicionalmente a las formas de explotación que ya actualmente generan beneficio económico significativo o tangible; aquellas formas de explotación que, con un cierto nivel de certeza y plausibilidad, podrían adquirir una importancia económica o práctica de importancia” ¹²¹² ¹²¹³ »

KNIGHTS interpreta la conclusión del Panel con respecto a este segundo paso en el sentido que a efectos de la “*regla de los tres pasos*”, una limitación a un derecho de explotación sobre una obra entra en el nivel de conflicto con su “*explotación normal*” cuando los actos que en principio forman parte de ese derecho de explotación en cuestión se hallan permitidos legalmente por cuenta de la limitación. Por ejemplo, los titulares de un derecho de reproducción sobre una película en España

¹²¹² “...should not enter into economic competition” with the right holder: according to the report, “all forms of exploiting a work, which have, or are likely to acquire, considerable economic or practical importance, must be reserved to the authors.”¹⁷ “Thus,” the Panel continued, “it appears that one way of measuring the normative connotation of normal exploitation is to consider, in addition to those forms of exploitation that currently generate significant or tangible revenue, those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance.” GINSBURG, JANE C., Op. Cit. Pág 7. (Traducción del autor).

¹²¹³ Incluso un autor tan crítico con la literalidad de la regla de los tres pasos como HUGENHOLTZ, admite que este paso comprende la mayoría de usos presentes y futuros. Lo único que argumenta es que este paso en su opinión no habilita a los autores para exprimir el beneficio económico de la obra en toda su extensión, lo cual es lógico, puesto que de lo contrario, ninguna excepción o limitación pasaría el examen de la regla de los tres pasos, ni siquiera la copia personal, por el usuario que ha adquirido la obra de forma legal. HUGENHOLTZ, BERNT and OKEDIJI, RUTH L., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright, Final Report*, Open Society Institute, 2008. Pág 23.

tienen derecho a perseguir la obtención de una ganancia económica por efectuar “*su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma*” ¹²¹⁴, y recibir una contraprestación económica a cambio; por ejemplo, mediante la venta a un usuario de una copia de la película en formato DVD. Si ciertos actos de reproducción se hallaran cubiertos por una limitación (siguiendo con el ejemplo anterior), cuando el usuario mencionado anteriormente realizara una copia privada digital de su copia legalmente adquirida de la película para verla en su iPad en el tren de camino a su trabajo, estos actos por cuanta de su imposición legal se compensarían a los titulares de derechos por medio de una compensación equitativa ¹²¹⁵, y no representarían en principio una competencia en el mercado con el titular legítimo del derecho de reproducción sobre la película. No obstante, existen en la práctica en España actos amparados por el límite que compiten en el mercado con los mismos métodos con los que los titulares de derechos sobre la obra normalmente extraen un valor económico sobre ese derecho de explotación, privando a estos titulares de beneficios económicos legítimos “*significativos y tangibles*”. Continuando con el ejemplo anterior, si nuestro usuario formateara y colgara su copia digital realizada al amparo del límite en una red P2P, y otros 100.000 usuarios conectados a esa red se descargaran y visionaran la película, este acto entraría en competencia directa con el titular del derecho de reproducción. Como cada uno de esos 100.000 usuarios, según la interpretación que se ha realizado en los últimos años del límite, se hallaría realizando una copia privada, el límite de copia privada interfiera de manera severa con la explotación normal de la obra por parte del titular del derecho de reproducción, máxime cuando ya no se le compensaría por esas reproducciones a través de las redes P2P por medio de una compensación equitativa; aunque también interferiría en caso que se le compensara económicamente por este método (lo cual no ha sucedido ni de la manera más remota siquiera en la edad de oro de la recaudación por canon digital), porque no todo se reduce a una compensación económica suficiente por cuenta del derecho de “*explotación normal*” de una obra por parte de su titular ¹²¹⁶. Por ello, el Panel considera que lo que sea la explotación normal de una obra se ha de juzgar separadamente para cada derecho englobado en los derechos de explotación; lo cual tiene

¹²¹⁴ Artículo 18.1 LPI:

¹²¹⁵ O no, como sucede en la nueva legislación española sobre compensación equitativa, aplicando la doctrina del “*perjuicio mínimo*” tal y como veremos más abajo.

¹²¹⁶ KNIGHTS, ROBERT. M., Op. Cit. Punto 15.

sentido, puesto que cada uno de estos derechos es independiente y tiene su propia significación económica ¹²¹⁷ .

Por último, el Panel de la ADPIC especificó que lo relevante a efectos de evaluar este segundo paso de la regla es el daño potencial, y no el daño actual, que se pudiere realizar al titular de derechos por medio de la aplicación de una limitación a tales derechos ¹²¹⁸ . Es decir, que no sólo no hace falta cuantificar el daño económico efectivamente realizado al titular de derechos de explotación por una limitación o excepción (lo cual entraña gran complejidad en la práctica), sino que ni siquiera resulta necesario que se haya producido aún daño alguno, sino que resulte previsible que así ocurra. Esto deriva de que el titular de derechos de propiedad intelectual, al igual que el titular de derechos sobre propiedad real, es (por definición legal y ética) soberano para decidir que hace con su propiedad. Por tanto, durante el periodo de vigencia del Derecho de Autor, no corresponde a los usuarios decidir si la propiedad intelectual sobre una obra está siendo infrautilizada. Es importante recordar, porque parece que se olvida con demasiada frecuencia, que durante este periodo, los usuarios no disfrutaban de derechos ni de facultades de disposición generales sobre una obra, sino de las facultades derivadas del dominio sobre el soporte en que esté fijada la copia de una obra, siempre que la adquieran legalmente (pero no sobre la obra en sí misma considerada). Es la Ley la que fija limitaciones al Derecho de Autor por las que a los usuarios se les permite realizar ciertos actos que normalmente requieren autorización del titular del derecho. Pero, incluso en los casos más egregios e incontestables de actos realizados al amparo de limitaciones al Derecho de Autor (por ejemplo, los derivados del derecho fundamental de información), quien realiza tales actos no tiene un derecho originario a realizarlos, sino que sus actos se hallan permitidos por el ordenamiento jurídico, por el derecho positivo (en aplicación a un derecho natural, si queremos, superior), que limita expresamente el Derecho de Autor. Los periodistas no tienen un derecho de propiedad sobre materiales protegidos por el Derecho de Autor cuando reproducen una tales materiales para informar al público, sino que se les permite realizar actos de reproducción, comunicación, distribución, etc., sobre esos materiales, que son facultades del titular del derecho de propiedad intelectual, sin su autorización, limitando este derecho de propiedad intelectual en aras de su derecho superior de informar al público (y del público a ser

¹²¹⁷ Ídem. Punto 16.

¹²¹⁸ Ídem. Punto 17.

informado). Pero este derecho no es ilimitado, porque, por ejemplo, una cadena de televisión gozaría de una autorización legal para mostrar un clip de limitada duración de una película con el objeto de informar sobre el estreno de la misma, y de realizar una crítica; pero no estaría autorizado para mostrar toda la película, puesto que el derecho de información no es ilimitado, y cede en parte ante el derecho de “*explotación normal*” de la obra.

Por ello, si aplicamos esta definición de “*explotación normal*” de la obra, la el límite de copia privada tal y como está redactada tampoco pasaría el examen derivado de la “*regla de los tres pasos*” en este supuesto, porque si lo que la ha justificado es su importancia “*de minimis*” en cuanto a la explotación normal de la obra, el perjuicio económico causado por una interpretación expansiva del límite a los titulares de derechos en la era digital invariablemente acaba resultando de una importancia ingente. Además, la imposibilidad de ejecución de la norma jurídica en la esfera privada tampoco existe en el ámbito digital, puesto que las medidas tecnológicas de protección permiten localizar y neutralizar el la práctica a los infractores. Si estas fueran, repito, sus únicas justificaciones, no sería descabellado pensar que la limitación de copia privada entra en conflicto con un normal desarrollo de la explotación “normal” de la obra ¹²¹⁹. SUN señala que “*de hecho, la excepción para uso privado juega un papel catalizador en usurpar la explotación normal de la obras por sus titulares legítimos. Lo que provoca que viole el segundo paso de la regla de los tres pasos*” ¹²²⁰. GINSBURG Y GAUBIAC también argumentan a mi juicio muy convincentemente que el límite de copia privada quebranta ostensiblemente el segundo elemento de la “regla de los tres pasos” ¹²²¹:

“La capacidad [de explotar obras] ilustra la potencial anomalía de reconocer una excepción de copia privada en el mundo digital: las copias individuales no se pueden considerar “de minimis” por más tiempo. La realización de manera privada de copias perfectas sustituye la venta de copias de la obra...Si existe un mercado para la copia privada, entonces la copia privada entraría en conflicto con esta norma. Porque más y más obras se comercializan directamente a los usuarios finales, la copia privada no

¹²¹⁹ GINSBURG, JANE C., Op. Cit. Pág 15.

¹²²⁰ SUN, HACHOEN, Op. Cit., Pág 298.

¹²²¹ Y enlaza con lo que hemos señalado en el punto anterior respecto a que es falso que la excepción de copia privada se aplique a determinados casos concretos o especiales.

debería caracterizarse como “en ciertos casos especiales”: se ha convertido en una de las principales formas de explotación. El resultado, es que las naciones del Convenio de Berna deberían impedir que se autorice la copia privada en el entorno digital” ¹²²².

Así pues, parece claro que el límite de copia privada por sí mismo entra en conflicto con la “*explotación normal*” de la obra. Ahora, si interpretamos este límite como lo ha hecho la Fiscalía General del Estado, o como lo han hecho distintos tribunales españoles; es decir, como justificador de las descargas no autorizadas en línea; entonces resulta obvio no sólo que el límite entra en confrontación directa con la “*explotación normal*” de la obra, sino que directamente ha aniquilado la posibilidad de realizarla ¹²²³.

3.4.3 **Perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derecho.**

Finalmente, el intérprete de la limitación en cuestión, ha de analizar si su aplicación constituye un perjuicio injustificado a los “*intereses legítimos*” de los titulares de derecho. Siguiendo con el análisis del panel de la ADPIC, que una abrumadora mayoría de la doctrina consultada por mí utiliza como baremo de la interpretación judicial (y en cierta medida auténtica) de la “*regla de los tras pasos*”, evidentemente toda limitación o excepción causa un perjuicio o detrimento al titular legítimo del derecho que limita o exceptúa. Es por ello que la clave de este tercer paso es sin duda el término “*injustificado*”, puesto que de no existir este la consecuencia lógica sería la prohibición automática de cualquier limitación o excepción ¹²²⁴. No es casual que la redacción original en inglés del artículo 13 del ADPIC incluya el término “*unreasonable*”, cuya traducción literal no es otra que “*no razonable*”.

¹²²² “[The] feature [of exploiting works] illustrates the potential anomaly of recognizing a private copying exemption in the digital world: individual copies can no longer be considered *de minimis*. Private copying in perfect copies does substitute for sales of the work ... If there is a market for private copying, then unauthorized private copying would conflict with this norm. Because more and more works are marketed directly to end users, private copying should no longer be characterized as “certain special cases”: it is becoming a leading mode of exploitation. As a result, Berne member nations might be foreclosed from authorizing private copying in the digital environment”. GAUBIAC, YVES y GINSBURG, JANE, *Private Copying in the Digital Environment*, “Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram” 149 (1998), Pág 150-151. Referenciado en SUN, HACHOEN, Op. Cit. Pág 298. (Traducción del autor).

¹²²³ V. COMES FAYOS, MARÍA, *Películas con valor añadido*, El País Digital, 17 de Agosto de 2012, Disponible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/08/17/madrid/1345232431_995333.html. (Consultado por última vez el 22 de agosto de 2012).

¹²²⁴ KNIGHTS, ROBERT. M., Op. Cit. Punto 18.

En el análisis que el profesor SUN realiza de la interpretación del panel de la ADPIC, la frase “*perjuicio injustificado a intereses legítimos*” de los titulares de derechos se ha de interpretar de acuerdo a tres condiciones: (1) la expresión “*intereses legítimos*” de los titulares de derechos es de mayor amplitud que la expresión “*intereses económicos*”, y podría incluir también los derechos morales de los autores; (2) al computar las pérdidas económicas o de ingresos de los titulares de derechos se han de considerar no sólo las pérdidas actuales, sino también los efectos económicos potenciales en el mercado para la obra provocados por la aplicación de la limitación en cuestión; y (3) el perjuicio económico injustificado se puede subsanar a través de un sistema de retribución económica compensatoria a los titulares de derechos ¹²²⁵ .

GINSBURG relaciona este tercer paso con el límite de copia privada de una manera con la que ideológicamente este trabajo se ha de identificar en gran medida, puesto que lo que señala la autora americana en el siguiente párrafo es reflejo de la hipótesis de nuestra investigación:

“Los autores tienen un interés legítimo en refrenar el límite de copia privada, particularmente en el ámbito digital, dada su proclividad a la multiplicación masiva de copias “privadas”. Por supuesto, una limitación a gran escala para el uso “privado” del tipo “compartir” podría perfectamente entrar en conflicto con una explotación normal (asumiendo que se pudiera proteger el Derecho de Autor en una situación de esta índole) ¹²²⁶ . Pero si el acto de copiar permaneciera realmente “privado”, en lugar de “compartido”, existiría una legitimidad de los usuarios, que contrarrestaría lo anterior, y que habría de ser considerada (incluso cuando, desde el punto de vista de esta autora, mejorar la comodidad de los usuarios finales no es un objetivo del Derecho de Autor). Esto sugiere que el tercer paso se podría reducir a sopesar la legitimidad de los intereses de los titulares de derechos y de los beneficiarios de la limitación. Donde los intereses del titular de derecho resultan superiores a los de los beneficiarios de la limitación, esta se debería prohibir; donde los intereses están más o menos equilibrados, se podría imponer una licencia obligatoria, y donde los intereses de los beneficiarios pesan de manera más

¹²²⁵ SUN, HACHOEN, Op. Cit. Pág 301.

¹²²⁶ La experiencia española prueba que no.

significativa que los del titular del Derecho de Autor, se debería permitir una amplia limitación.”^{1227 1228} .

Por tanto, una excepción de copia “*personal*” que permitiera a los usuarios realizar copias de obras a las que hubieran accedido legalmente, para su propio consumo sería razonable, justificada, y por tanto tolerable (y de hecho se tolera en países con tan mala fama entre los partidarios de abolir enteramente el sistema de Derecho de Autor como EE.UU.¹²²⁹). Una limitación que alcance el ámbito del círculo de familia del usuario copista también resulta razonable. Otras limitaciones basadas en un auténtico interés social, por ejemplo cualquiera de las positivadas en el artículo 32 de la LPI, se debe admitir siempre. Y finalmente una limitación como la del artículo 31.2. de la LPI, tal y como está redactada e interpretada, y que permite la diseminación no autorizada e incontrolada de una obra a través de la Red debería desaparecer, porque claramente incumple las exigencias de la “*regla de los tres pasos*”¹²³⁰ .

3.4.4 **La regla de los tres pasos como instrumento de aproximación de los sistemas de excepciones abiertos y cerrados.**

Como se ha explicado anteriormente, la “*regla de los tres pasos*” se introdujo en la Conferencia de Revisión del Tratado de Berna de 1967. HUGENHOLTZ señala que no es casualidad que esta regla se basara en una propuesta realizada por la delegación del Reino Unido en dicho Convenio,

¹²²⁷ “Authors do have “legitimate interests” in stemming private copying, particularly in the digital environment, given its proclivities to massive multiplication of “private” copies. Indeed, an exception for large-scale “private” copying of the “sharing” type might well conflict with a normal exploitation (assuming the copyright could be enforced in this kind of situation). But if the copying remained truly private, rather than “shared,” there may be a countervailing legitimacy to consider (even if, in this writer’s view, enhancing the convenience of consumptive end-users is not a “general copyright objective”). This suggests that the third step may reduce to a balancing of the legitimacy of the interests of the right holders and of the beneficiaries of the exception. Where the right holder’s interests significantly outweigh the beneficiaries’, the exception should be prohibited; where the interests appear more or less balanced, a compulsory license may be imposed, and where the beneficiaries’ interests significantly outweigh the right holder’s, an outright exemption should be allowed.” GINSBURG, JANE C., Op. Cit. Pág 16. (Traducción del autor)

¹²²⁸ No obstante para HUGENHOLTZ, el derecho a la privacidad podría justificar la facultad de realizar copias privadas, lo cual no entraría necesariamente en confrontación con mi hipótesis de que los usuarios podrían realizar copias personales, si no las transfiriesen posteriormente. HUGENHOLTZ, BERNT and OKEDIJI, RUTH L., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright, Final Report, Open Society Institute*, 2008. Pág 24.

¹²²⁹ Aunque hay voces que difieren incluso de este mínimo, la propia RIAA reconoce que esta es una práctica admisible.

¹²³⁰ Esta graduación de las limitaciones o excepciones según el interés perseguido es la clave del célebre artículo de HUGENHOLTZ: HUGENHOLTZ, BERNT, «Fierce Creatures Copyright Exemptions Towards Extinction» *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, IFLA/IMPRIMATUR, Conference, Amsterdam, 1997.

puesto que la regla de los tres pasos bebe en gran medida de la tradición jurídica angloamericana, y amén de su flexibilidad para adaptarse a situaciones concretas, aunque sean nuevas, tiene más de un punto en común en su esfera sustancial con las normas jurídicas que regulan las limitaciones al copyright derivadas del “*fair use*”¹²³¹.

En el mismo sentido señala KNIGHT que “*la limitación estas excepciones [las contempladas en la DDASI] a lo que sea “fair” [justo] captura en gran medida los elementos de la regla de los tres pasos en lo relativo a evitar el conflicto con la explotación normal [de la obra], y el perjuicio injustificado a los titulares de derecho, puesto que un uso tal seria raramente considerado como “fair” [justo] por los tribunales*”¹²³².

Comparemos el artículo 5.5. de la DDASI, que como se ha visto regula la regla de los tres pasos:

“Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”.

Y la Sección 107 de la Ley de Copyright de los EE.UU. de 1976:

“No obstante los preceptos contenidos en las Secciones 106 y 106 A, el uso razonable de una obra objeto de un copyright, incluyendo en tal uso la reproducción hecha en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado en esta sección, para propósitos tales como la crítica, el comentario, informar sobre una noticia, la docencia (incluyendo la realización de múltiples copias para su uso en un aula de enseñanza), la erudición, o la investigación académica no es una infracción del copyright. Al determinar si el uso que se

¹²³¹ Aunque como señala GEIGER, parte de la doctrina, por mor de este primer paso, ha dudado seriamente si la regla de los tres pasos es en realidad compatible con un sistema abierto de excepciones como el “*fair use*”. Para este autor una rápida mirada a la historia de la introducción de esta regla en el derecho internacional parece resultar concluyente en sentido de que sí lo es. GEIGER CHRISTOPHE, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, e-Copyright Bulletin, enero-marzo 2007. Pág 5.

¹²³² “In my view, the limitation of these exceptions to what is ‘fair’ very much captures the elements of the three-step test concerned with avoiding conflict with normal exploitation and unreasonable prejudice to right owners, since a use would be unlikely to be regarded by the courts as ‘fair’ if it did these things”. KNIGHTS, ROBERT. M., Op. Cit. Punto 28. (Traducción del autor).

haga de una obra en un caso particular resulta razonable se considerarán los siguientes factores:

- 5) *El propósito y carácter del uso realizado, considerando si tal uso es de naturaleza comercial o para propósitos educativos sin beneficio económico;*
- 6) *La naturaleza de la obra sujeta a copyright;*
- 7) *La cantidad y sustancialidad de la parte usada en relación a la obra objeto de copyright considerada como un todo; y*
- 8) *El efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor económico de la obra sujeta a copyright.*

El hecho de que una obra no esté publicada no deberá por sí mismo invalidar la valoración de un uso como razonable si dicha valoración se realiza tras la consideración de todos los factores indicados ¹²³³ “.

Véanse los puntos en común que ambas tienen:

En cuanto al primer paso de la “*regla de los tres pasos*” de acuerdo con el artículo 5.5. de la DDASI: “*en determinados usos concretos*”, que como hemos visto se refiere a usos o actos realizados en “*circunstancias excepcionales*”, guarda relación directa con el primer factor del “*fair use*”: “*El propósito y carácter del uso realizado*”. “*Del uso*”, (o “*the use*” en inglés) implica que el acto o uso no autorizado por el titular del “*copyright*” que se somete al escrutinio del “*fair use*” por parte de los tribunales es desde luego un uso o acto particular o concreto. Si los tribunales

¹²³³ “§ 107 · Limitations on exclusive rights: Fair use: Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors”. Traducción del autor.

consideran tal uso o acto “*fair use*”, por obra y gracia de la regla del precedente judicial del sistema consuetudinario, todos los actos o usos análogos posteriores habrán de ser considerados asimismo “*fair use*”. Con lo cual se creará una categoría de actos o usos asimismo concretos protegidos por el “*fair use*”¹²³⁴. Mientras tanto en Europa será la propia limitación como norma jurídica la que tendrá que sobrevivir a la interpretación de la “*regla de los tres pasos*”, y de acuerdo a tal examen los usos o actos particulares que sean subsumibles a tal excepción jurídica estarán legalmente autorizados o no. Por mor de las diferencias entre ambos sistemas, la concreción de tal uso o acto se hará en EE.UU. de lo particular a lo general (o de abajo a arriba), y en Europa de lo general a lo particular (o de arriba a abajo). En ambos casos, no obstante, el resultado final es el mismo: la realización de una categoría de usos determinados o concretos que entran en el ámbito de las facultades del Derecho de Autor, queda autorizada subsidiariamente o no por el ordenamiento jurídico. No obstante, hay autores que han comentado que dada la maleabilidad de la doctrina del “*fair use*”, y muy especialmente el amplio espectro que puede cubrir el primer factor de la doctrina, esta “*va nítidamente en contra de la letra y del espíritu del primer paso de la regla de los tres pasos*”¹²³⁵.

En cuanto al segundo paso de la regla según el artículo 5.5. de la DDASI, que prescribe que los actos realizados al amparo del límite en cuestión necesariamente “*no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación*”, su equivalente en el artículo 107 de la Copyright Act sería claramente el cuarto factor de interpretación para considerar si un uso o acto concreto es o no “*fair use*”; es decir, el “*efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor económico de la obra sujeta a copyright*”. Así, el cuarto factor cubre el daño al “*mercado potencial*” establecido por la limitación, y el daño actual; es decir, el daño al “*valor económico*” de la obra. Ya hemos aclarado que el panel de disputas de la ADPIC, en el caso sobre la comunicación “*Homestyling*” de obras al público en locales de hostelería de pequeño tamaño en EE.UU. se encargó de aclarar que lo que lo significativo a efectos de evaluar este segundo paso de la regla es el daño potencial causado al titular de derechos, y no el daño o perjuicio que se cause en acto al

¹²³⁴ Por ejemplo en *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 510 U.S. 569 (1994), partiendo del caso particular en que el Tribunal Supremo consideró una sátira de carácter grueso realizada por el grupo rap “2 Live Crew” de la popular canción de Roy Orbison “*Pretty Woman*” “*fair use*”, toda parodia realizada de una obra sujeta a derechos de autor será considerada asimismo “*fair use*”.

¹²³⁵ “... runs sharply counter to the letter and spirit of the first prong of the three-step test.” SUN, HACHOEN, Op. Cit. Pág 291. (Traducción del autor).

titular de derechos de explotación por cuanta de la limitación que se esté interpretando mediante la “*regla de los tres pasos*”. Así, el segundo paso de la regla, tampoco entra en contradicción con la excepción de “*fair use*” al copyright, sino que se encuentra en plena concordancia con la misma.

En cuanto al tercer paso, el que prescribe que por la aplicación de la excepción de que se trate “*no se perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho*”, ya hemos explicado que la palabra clave aquí no es otra que “*injustificadamente*”, que en el inglés original es “*unreasonable [prejudice]*”, o “[*perjuicio*] no razonable”. La Sección 107 de la Copyright Act habla al principio del “*uso razonable de una obra*”. Con lo cual quizá el tercer paso de la regla sea en el que la concordancia con el “*fair use*” este expresada de manera más explícita.

Por si esto fuera poco, tanto los EE.UU., como la UE como institución supranacional, además de todos los Estados miembro de la misma, son asimismo miembros de la OMPI y signatarios del Tratado de la ADPIC (por si hubiera alguna duda la que la “*regla de los tres pasos*” es de aplicación general), y de que los preceptos de la excepción del “*fair use*” no pueden en ningún caso ir en su contra. Con lo cual parece claro que la “*regla de los tres pasos*” actuaría como elemento de cohesión de ambos sistemas. De hecho, autores como COHEN apuntan que la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) americana, que es la ley pionera de implementación de las medidas consensuadas en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, más concretamente en su artículo 11¹²³⁶, y que requiere a los Estados miembros del ADPIC medidas efectivas contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección de una obra en los casos en que la elusión de tales medidas interfieran con los derechos del titular del “*copyright*” o de un Derecho de Autor sobre la obra, en la práctica transformará la flexibilidad del sistema de “*puerto seguro*” o de “*refugio seguro*”¹²³⁷ para los usuarios y proveedores de servicio de la que goza el “*fair use*”, en un sistema de derecho civil, con un número limitado de limitaciones que se aplicarán restrictivamente¹²³⁸. Por lo tanto

¹²³⁶ Artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor. adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. “*Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.*”

¹²³⁷ “*Safe harbour*”

¹²³⁸ COHEN, JULIE E., *WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?*, *European Intellectual Property Review*, vol. 21, 1999. Pág. 1-2.

no es sólo el sistema europeo el que se acerca al americano, sino que este fenómeno también ocurre en sentido contrario.

Aunque la mayoría de la doctrina coincide en que la “*regla de los tres pasos*” y el “*fair use*” son instituciones compatibles, como se ha visto, existen diferencias entre ambas: (1) El “*fair use*” actúa como una medida de los límites a los derechos del titular del “*copyright*”, mientras que la “*regla de los tres pasos*” constituye un “*límite de límites*”; (2) la “*regla de los tres pasos*” es cumulativa y jerarquizada, a diferencia del “*fair use*” en que los cuatro factores que lo constituyen se han de interpretar de forma conjunta y equilibrada; (3) la regla de los tres pasos se refiere exclusivamente a los “*usos comerciales*” de una obra ¹²³⁹, mientras que el “*fair use*” abarca usos comerciales y no comerciales; (4) el “*fair use*” es una regla de interpretación exclusivamente jurisdiccional, mientras que la regla de los tres pasos es aplicable además por parte de otros poderes del Estado. No obstante, y como demuestra la decisión del Panel de la ADPIC, en caso de conflicto de ambas instituciones prevalece la “*regla de los tres pasos*”.

Podemos ver una aplicación estricta de la regla de los tres pasos en el famoso caso que se dirimió ante los tribunales franceses en relación a la película “*Muholland Drive*”. El caso es un modelo arquetípico de demanda interpuesta ante los tribunales por grupos de presión con el objeto de obtener un precedente. En esta ocasión el grupo de presión no era otro que la *Union Fédérale des Consommateurs Que Choisir* (UFC) [Unión Federal de Consumidores], que actuaban como co-demandantes. El demandante principal era un usuario que había adquirido la película mencionada en soporte DVD protegido con medidas tecnológicas anti-copia, deseaba realizar una copia en formato VHS con el objeto de ver la película en casa de su madre. Es de reseñar que la carátula del DVD no mencionaba el hecho de que la obra estuviese protegida por medidas anti-copia. La demanda solicitaba que “...se prohíba a las sociedades *Les Films Alain Sarde* y *Studio Canal* utilizar una medida tecnológica de protección incompatible con el ‘derecho de copia privada’, y que se prohíba a la sociedad *Universal Pictures Video France* distribuir la obra *Mulholland Drive* acompañada de una medida tecnológica de protección que imposibilita el ejercicio del “derecho

¹²³⁹ Aunque un número muy elevado de usos no comerciales en sentido estricto repercutan sin duda en el derecho de explotación.

de copia privada”¹²⁴⁰. En primera instancia el Tribunal dio la razón a los demandados, pero el Tribunal de Apelaciones de París falló a favor de los demandantes, argumentando en su decisión que la copia privada realizada no interfería con la explotación comercial normal de la obra¹²⁴¹. Como resultado el Tribunal de Apelación ordenó la retirada de las tiendas de aquellos DVD’s que contuvieran medidas tecnológicas de protección anti-copia.

El Tribunal de Gran Instancia de París, la más alta instancia jurisdiccional del país galo, revocó la Sentencia del Tribunal de Apelación, considerando que los artículos L. 122-5¹²⁴² y L. 211-3¹²⁴³ del Código de Propiedad Intelectual no se podrían invocar en contra de la aplicación de medidas tecnológicas de protección cuando el pretendido acto de copiar entrara en conflicto con una explotación normal de la obra¹²⁴⁴. Es decir, el Tribunal aplicó la “*regla de los tres pasos*”. Para GERVAIS, existen dos motivos para explicar el sentido de este fallo: (a) cualquier explotación que entre en conflicto con una “*normal explotación*” de la obra ha de ser medido en relación con la situación inherente al dilema digital de que existe un altísimo riesgo de que la obra acabe siendo pirateada; (b) El Tribunal enfatizó que la explotación de obras cinematográfica vía DVD resultaba crucial para recuperar la inversión en una producción cinematográfica¹²⁴⁵. Además el Tribunal dejó muy claro que la copia privada no es un derecho¹²⁴⁶, sino una limitación al derecho de reproducción que se ha de interpretar de acuerdo con la “*regla de los tres pasos*”¹²⁴⁷. De la misma manera, los tribunales holandeses han reconocido esta interpretación estricta de la “*regla de los*

¹²⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, Sala 4ª, 28 de febrero de 2006.

¹²⁴¹ Tribunal de Apelación de París, Sala 4ª, 22 de abril de 2005.

¹²⁴² “... (El) artículo L. 122-5 ... enuncia de manera limitativa las excepciones al carácter exclusivo de los derechos del autor, estableciendo que el autor no puede prohibir en particular ‘las copias o reproducciones estrictamente reservadas al uso privado del copista y no destinadas a un uso colectivo’...”¹²⁴² Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, Sala 4ª, 28 de febrero de 2006.

¹²⁴³ “... (El) artículo... L. 211-3... estipula que los beneficiarios de los derechos afines no pueden prohibir ‘las reproducciones estrictamente reservadas al uso privado de la persona que las realiza y no destinadas a una utilización colectiva’...” Ídem.

¹²⁴⁴ GERVAIS, DANIEL J., *Op. Cit.*, Pág 18.

¹²⁴⁵ Ídem. Pág 19.

¹²⁴⁶ “... el legislador no ha querido investir a nadie del derecho a realizar una copia privada de cualquier obra, sino que ha organizado las condiciones en las que la copia de una obra queda excluida del monopolio del autor sobre su obra, el cual supone el derecho exclusivo de éste a autorizar o prohibir la reproducción de sus obras...” Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, Sala 4ª, 28 de febrero de 2006.

¹²⁴⁷ “... Es necesario remitirse, como lo hacen los demandantes, a lo dispuesto en el Convenio de Berna para poder valorar el alcance de estas excepciones; ... el artículo 9.2 del Convenio reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de las obras, pero precisa que el ejercicio de esta facultad está supeditado a las siguientes condiciones acumulativas: debe tratarse de determinados casos especiales y la reproducción no debe atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor...”. Ídem.

tres pasos"¹²⁴⁸. Esta es a mi juicio la aplicación correcta de la regla que me gustaría ver aplicada en nuestro país¹²⁴⁹.

Sin embargo, para probar mi hipótesis, no necesito seguir una interpretación tan estricta de la "*regla de los tres pasos*". En el año 2008, bajo los auspicios del profesor GEIGER, un número considerable de profesores pertenecientes a la mejor doctrina europea, firmaron una declaración bajo el epígrafe "*Declaración por una interpretación equilibrada de la "regla de los tres pasos" en el Derecho de Autor*". CARTER apunta que la declaración tiene el cuidado de distanciarse expresamente de los activistas anti-copyright¹²⁵⁰. La Declaración es nacida como respuesta a la interpretación de la regla de los tres pasos por parte del Panel de la ADPIC, y en su parte sustancial, la actualmente declarativa, reza lo siguiente:

"1. La Regla de los Tres Pasos constituye una unidad indivisible. Los tres criterios deben ser considerados conjuntamente y como un todo, en una evaluación conjunta e integradora.

2. La Regla de los Tres Pasos no exige que las limitaciones y excepciones sean interpretadas de forma restrictiva. Deben interpretarse de acuerdo con sus objetivos y finalidades.

3. El hecho de que la Regla de los Tres Pasos restrinja las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos a determinados casos especiales no impide (a) Que los legisladores introduzcan limitaciones y excepciones abiertas, en tanto que el alcance de tales limitaciones y excepciones sea razonablemente previsible; o (b) Que los tribunales apliquen analógicamente (mutatis mutandis) limitaciones y excepciones legalmente

¹²⁴⁸ "*La limitación o restricción impuesta al copyright...sólo será aplicable si [las] precondiciones [impuestas por la regla de los tres pasos] se cumplen*", "*the limitation or restriction imposed on the copyright... will only be applicable if [the] preconditions [set out in the three-step test] are met.*", De Nederlandse Dagbladpers/Netherlands, tribunal of the Haya, 2 de Marzo de 2005, Caso No. 192880 (Neth.), Pág 15. Referenciado en SUN, HACHOEN, *Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 5, 2007. Pág 267. Traducción del autor.

¹²⁴⁹ Esto no quita para que piense que se debería ofrecer a los consumidores aviso de cuando un soporte digital está protegido por medidas tecnológicas anti-copia. En este sentido, la inclusión de un logo o símbolo (similar al ©) de manera conspicua en las carátulas de estos soportes (o incluso en servicios web de descarga legal, ya que prácticamente ningún usuario se molesta en leer los contratos de licencia de uso) me parece una solución adecuada. He tomado prestada esta idea de ALDRICH, NIKAI, *A System of Logo-Based Disclosure of DRM on Download Products*, Journal of High Technology Law, Vol. 8, 2008.

¹²⁵⁰ CARTER, EDWARD L. Op. Cit., Pág. 333.

previstas a circunstancias fácticas similares; o creen otras limitaciones o excepciones; cuando ello sea posible en el marco del sistema jurídico al que pertenezcan.

4. Las limitaciones y excepciones no entran en conflicto con la explotación normal del objeto protegido, si se basan en consideraciones importantes concurrentes; o tienen como resultado contrarrestar restricciones irrazonables de la competencia, especialmente en mercados secundarios, en especial cuando se asegure una compensación adecuada, ya sea mediante contrato o de otra manera.

5. Al aplicar la Regla de los Tres Pasos, deberían tenerse en cuenta tanto los intereses de los titulares originales como los de los titulares subsiguientes.

6. La Regla de los Tres Pasos debería ser interpretada de manera que se respeten los legítimos intereses de terceros, incluidos los siguientes:

- *Intereses derivados de derechos humanos y libertades fundamentales;*
- *Intereses en la competencia, especialmente en mercados secundarios; y*
- *Otros intereses públicos, en especial, el progreso científico y el desarrollo cultural, social o económico”¹²⁵¹.*

Por tanto en el ánimo de estos autores está el acercar aún más los sistemas derivados de la aplicación de la regla de los tres pasos y del “*fair use*”. Para ello, como hemos visto, piden que en lugar de interpretarse los tres pasos de manera jerarquizada, y cumulativa; y que se consideren “*conjuntamente y como un todo, en una evaluación conjunta e integradora*”, al estilo de la norma americana. Además, la Declaración solicita que las limitaciones y excepciones no se interpreten de manera estricta; que la regla de los tres pasos permita la creación de nuevas limitaciones y excepciones por el poder legislativo de los Estados, así como la extensión del alcance de las ya existentes a nuevas situaciones de hecho; que se suavice la definición de explotación normal de la obra; que se tomen en cuenta los intereses de los autores y creadores así como sus causahabientes; y que se interprete la regla de los tres pasos teniendo en cuenta los intereses públicos, y de terceras

¹²⁵¹ *Declaración por una interpretación equilibrada de la “regla de los tres pasos” en el Derecho de Autor.* Impulsada u coordinada por: GEIGER, CHRISTOPHE; HILTY, RETO M.; GRIFFITHS, JONATHAN; y SUTHERSANEN, UMA. Profesores firmantes: BÉNABOU, VALÉRIE LAURE; DUSOLLIÉ, SÉVERINE; GHIDINI, GUSTAVO; GROBE RUSE-KHAN, HENNING; HUGENHOLTZ, BERNT; DIONYSIA, KALLINIKOU; ANNETTE, KUR; MAKEEN, MAKEEN; MIZARAS, VYTAUTAS; MACQUEEN, HECTOR; NILSSON, OKUTAN GÜL; PEUKERT, ALEXANDER; REICHMAN, JEROME; SCHOVSBO, JENS; SENFLEBER, MARTIN; SIIRIAINEN, FABRICE; TORREMANS, PAUL L.C.; TRAPLE, ELZBIETA; VIVANT, MICHEL; WEBER, ROLF; WESTKAMP, GUIDO; XALABARDER, RAQUEL. 2008.

partes en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, competitividad de los mercados, y el progreso científico, cultural, y económico de la sociedad.

Es decir, lo que se pretende es por los firmantes de la Declaración es acercar la “*regla de los tres pasos*” al “*fair use*”, con el que la “*regla de los tres pasos*” tal y como la interpreta esta tiene gran parecido al “*fair use*”¹²⁵². Autores firmantes de la Declaración, como por ejemplo HUGENHOLTZ, incluso han argumentado que la combinación de la patente indeterminación del texto regulador de las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor de los artículos 5.2 y 5.3. de la DDASI¹²⁵³ con la “*regla de los tres pasos*” del artículo 5.5 de esta Norma Comunitaria, se podría construir un sistema semi-abierto de excepciones y limitaciones similar en la práctica al “*fair use*” americano¹²⁵⁴.

No obstante, el propio GEIGER, uno de los más ardientes defensores de la modificación de la “*regla de los tres pasos*”, en el sentido de restringirla para que no se pueda usar en su sentido primordial: proteger los derechos de los autores ante limitaciones que dañan de manera injustificada sus intereses, admite que la restricción de los efectos del test conducirá inevitablemente a la inseguridad jurídica para los titulares de derechos¹²⁵⁵. Parece claro que la “*regla de los tres pasos*” es un instrumento muy positivo, y que debería desplegar todo su potencial de regla “*limitadora de las limitaciones*” en nuestro país.

Por lo demás, resulta obvio que la “*regla de los tres pasos*” se ignora sistemáticamente por los tribunales españoles, de la misma manera que se ha ignorado por el poder ejecutivo. Esto se demuestra por ejemplo en la Sentencia que dictó la Audiencia Provincial de Barcelona sobre la web de enlaces elrincondejesus.com, en que se sentó precedente jurisdiccional para la legalización de hecho de la reproducción y comunicación de obras no autorizadas a través no sólo de estas webs

¹²⁵² CARTER, EDWARD L. Op. Cit., Pág. 335.

¹²⁵³ HUGENHOLTZ considera que más que ante normas jurídicas estaríamos ante prototipos de normas.

¹²⁵⁴ HUGENHOLTZ, BERNT SENFTLEBEN, Op. Cit. Pág 29.

¹²⁵⁵ GEIGER incluso aboga por conceder a los jueces un poder discrecional extenso, para añadir nuevas excepciones al Derecho de Autor, o ampliar los efectos de las ya existentes, obviando la tradición jurídica continental, que tiene su génesis axiológica, entre otros motivos, en cómo se eligen los jueces en Europa en general, y en España en particular, a diferencia de, por ejemplo EE.UU. Por no hablar del distinto valor que se concede al precedente en los sistemas de derecho civil y consuetudinario. GEIGER CHRISTOPHE, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, e-Copyright Bulletin, enero-marzo 2007. Pág 20.

de enlaces, sino a través de las propias redes P2P en el orden civil ¹²⁵⁶. Pues bien, en la extravagante interpretación que se hace en esta Sentencia sobre el límite de copia privada ¹²⁵⁷, cualquier referencia a la “*regla de los tres pasos*”, a través de la cual se debería de interpretar de manera preceptiva el límite de copia privada según la DDASI ¹²⁵⁸, brilla por su ausencia. Por lo tanto, en mi más sincera opinión, dejar la interpretación del alcance de las limitaciones al Derecho de Autor al arbitrio de los tribunales españoles representaría un craso error, como demuestran la pléyade de Sentencias contradictorias que estos han dictado sobre este asunto, en menoscabo de los intereses de los titulares de derechos sobre sus obras, y de la seguridad jurídica de los ciudadanos. Una lectura atenta de las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y los Tribunales inferiores ¹²⁵⁹ sobre este tema, justifica de manera sobrada, la reforma del límite de copia privada (junto con otras reformas necesarias).

3.5 Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor en la DDASI.

Explica GONZÁLEZ BALLESTEROS que la mayor novedad de la DDASI “*no está en la adecuada y necesaria protección de unos determinados derechos, sino en la implantación de una serie de excepciones y limitaciones a los mismos, justificados por el desarrollo del mercado interior*” ¹²⁶⁰. Sin embargo, el profesor GONZÁLEZ BALLESTEROS critica la falta de armonización presente en la DDASI ¹²⁶¹; y es que como veremos en este punto la DDASI plantea una lista de limitaciones al Derecho de Autor, algunas de las cuales son de obligatoria trasposición para los Estados miembros, y otras no (como por ejemplo, el límite de copia privada).

¹²⁵⁶ Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010 (de aquí en adelante: Sentencia elrincondejesus.com).

¹²⁵⁷ Interpretación que como veremos difiere frontalmente con la que realizó en TJUE en el caso PADAWAN. Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010.

¹²⁵⁸ Ver el artículo 5.5 en relación con el Considerando 44 de la propia DDASI.

¹²⁵⁹ V. págs. 254 y ss.

¹²⁶⁰ GONZÁLEZ BALLESTEROS, TEODORO, *La directiva europea 2001/29/CE sobre derechos de autor*, TELOS, Cuadernos de Comunicación e Innovación, nº 51. (2009). Disponible en <http://telos.fundaciontelefonica.com/telos/articuloderecho.asp?idarticulo=1&rev=51.htm>. (Consultado por última vez el 13 de noviembre de 2011).

¹²⁶¹ “...cabe lamentar la incapacidad de la Comunidad para promulgar una Directiva que aúne toda la dispersión normativa vigente sobre la materia del derecho de autor y los derechos afines”. Ídem. En este punto GONZÁLEZ BALLESTEROS coincide con HUGENHOLTZ. Ver. HUGENHOLTZ, BERNT, «Fierce Creatures Copyright Exemptions Towards Extinction» *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, IFLA/IMPRIMATUR, Conference, Amsterdam, 1997.

En sintonía con lo estudiado hasta ahora, la DDASI deja muy claro en el apartado dedicado a sus Considerandos (similar a las Exposiciones de Motivos tan comunes en las normas de nuestro Ordenamiento Jurídico) que la propiedad intelectual se protege en cuanto esta es parte integrante del derecho de propiedad ¹²⁶², con todas las consecuencias que esto implica en un Estado democrático. Además, la DDASI señala indirectamente que el derecho tanto de los autores, como de los intérpretes o productores de obras de creación forma parte de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, ya que señala que el coste de la inversión necesaria tanto para crear una obra, como para distribuir y comunicar tal obra es normalmente elevado, y que por tanto los titulares de derechos sobre la misma han de ser capaces de no sólo recuperar su inversión, sino de obtener un rendimiento económico de la obra; es decir, un beneficio ¹²⁶³ ¹²⁶⁴. Para la DDASI esta garantía conferida por el Ordenamiento Jurídico resulta fundamental para asegurar la continuidad de la creación artística y la producción cultural en Europa ¹²⁶⁵.

El Considerando 14 de la DDASI señala que *“La presente Directiva aspira a fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes”*, con lo que claramente apunta unos mínimos en los fines que justifican las limitaciones y excepciones, mínimos que se explican por la postura negociadora de los países más parcos en el desarrollo de las limitaciones o excepciones de la DDASI (como por ejemplo, el Reino Unido). La DDASI

¹²⁶² Considerando 9 de la DDASI: *“Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. Su protección contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los intérpretes, los productores, los consumidores, la cultura, la industria y el público en general. Por lo tanto, la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad”*.

¹²⁶³ Considerando 10 de la DDASI: *“Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar esta labor. La inversión necesaria para elaborar productos tales como fonogramas, películas o productos multimedia, y servicios tales como los servicios “a la carta”, es considerable. Es indispensable una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual para garantizar la disponibilidad de tal compensación y ofrecer la oportunidad de obtener un rendimiento satisfactorio de tal inversión.”*

¹²⁶⁴ La DDASI excluye en su considerando 19 toda aplicación de derechos morales en el ámbito de esta Directiva, que se ha de circunscribir a los derechos de explotación: *“El derecho moral de los titulares de derechos debe ejercerse de conformidad con lo dispuesto en la legislación de los Estados miembros, en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y en el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas. Dicho derecho moral no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”*.

¹²⁶⁵ Considerando 11 de la DDASI: *“Un sistema eficaz y riguroso de protección de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor constituye uno de los instrumentos fundamentales para asegurar a la creación y a la producción cultural europea los recursos necesarios y para garantizar autonomía y dignidad a los creadores e intérpretes”*.

también explica que el diferente tratamiento de las excepciones y limitaciones en los Estados miembros resulta perjudicial para el funcionamiento del mercado interior, por lo que es especialmente importante el objetivo de su armonización, que debe garantizar un justo equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los usuarios (aunque esta armonización dista mucho de haberse producido en muchos temas, y el que nos ocupa, el límite de copia privada, es el ejemplo más claro). Además la propia DDASI explícitamente expone que el avance tecnológico ha de tenerse en cuenta para reevaluar las limitaciones y excepciones a los derechos de explotación¹²⁶⁶, por lo que la DDASI toma en cuenta que las circunstancias fácticas en el ámbito de los derechos de autor en la era digital resultan de especial importancia, ya que en ninguna otra área del Derecho una norma puede quedar obsoleta en menos tiempo. Además, la Directiva se promulgó con la intención de regular una realidad presente, pero también futura; realidad en la que ha acertado en gran medida (por ejemplo, previendo que en el futuro lo importante sería la posibilidad de acceso continuo a las obras por parte de los usuarios, no su posesión).

Resultará sin duda enriquecedor para este trabajo el remitirnos al profesor CASAS VALLÉS¹²⁶⁷ en lo tocante a sus consideraciones relativas a la inclusión del listado facultativo de limitaciones o excepciones (facultativo en cuanto a su incorporación en el ordenamiento jurídico nacional por los Estados miembros de la UE) en la DAASI. Expone CASAS VALLÉS que para comprender la construcción del artículo 5 de la DDASI habría que tener en cuenta lo siguiente:

- El carácter exhaustivo o de “*numerus clausus*” incluido en el artículo 5 de la DDASI afecta solamente a los derechos incluidos en la Directiva, y tal y como se encuentran definidos en ella.

¹²⁶⁶ Considerando 31 de la DDASI: “*Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas. Las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben reevaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica. Las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos inciden directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Tales diferencias podrían perfectamente acentuarse a medida que se desarrollen la explotación transfronteriza de las obras y las actividades transfronterizas. Para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, resulta oportuno definir de manera más armonizada tales excepciones y limitaciones. El grado de armonización de las mismas debe estar en función de sus efectos sobre el correcto funcionamiento del mercado interior.*”

¹²⁶⁷ CASAS VALLÉS, RAMÓN, La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España, UOC, Pág. 10, 2004. Disponible en <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>. (Consultado por última vez el 13 de noviembre de 2011).

- Además, el cuerpo dispositivo o normativo de la Directiva no afecta (a no ser que se prevea expresamente en la misma) a las limitaciones o excepciones contenidas en directivas anteriores. CASAS VALLÉS pone como ejemplo que las normas relativas a limitaciones y excepciones contenidas en la DDASI no afectan a las Directivas sobre alquiler y préstamo ¹²⁶⁸, programas de ordenador o bases de datos. Especialmente en lo concerniente a estas dos últimas.

- La inclusión en el artículo 5.3. o) de la DDASI de lo que CASAS VALLÉS denomina la “*cláusula del abuelo*”. Este artículo habilita a los Estados miembros a conservar ciertas limitaciones o excepciones ya existentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos, aunque solamente en relación con el ámbito analógico, y sin comprometer la libre circulación de bienes y servicios fundamental en el ámbito de la UE.

- Además (y esta es la consideración más relevante de acuerdo a CASAS VALLÉS), a pesar de que algunos de los límites enumerados en el artículo 5 de la DDASI gozan como ya hemos señalado, son carácter de facultativo para los Estados miembros, que pueden incorporarlos o no en sus respectivas legislaciones nacionales, se impone la intervención de los Estados cuando estos límites entren en conflicto con las medidas tecnológicas de protección. Por lo tanto nos encontraremos con dos escenarios diferentes con respecto a la aplicación de las limitaciones o excepciones del artículo 5, dependiendo de si los titulares de derechos utilizan o no medidas tecnológicas de protección en la explotación digital de sus obras.

- Por último, asimismo se dibujan dos ámbitos de regulación distintos en función de que estos mismos titulares de los derechos reconocidos en la Directiva, decidan explotar las obras objeto de tales derechos en línea o fuera de línea.

¹²⁶⁸ Con la excepción de lo reseñado en el Considerando 40 de la DDASI.

En cuanto al carácter facultativo de las limitaciones o excepciones dibujadas en la DDASI, sólo el artículo 5.1 de la DDASI, es decir, el que regula ciertos actos de reproducción temporal, resulta de obligatoria transposición para los Estados miembros. El resto de las limitaciones o excepciones contenidas en los artículos 5.2 y 5.3 de la DSASI no (aunque como explica el Considerando nº 32 de la Directiva ¹²⁶⁹ constituyen una lista cerrada o exhaustiva). Es decir, que los Estados miembros tienen la facultad de incluir o no en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales las distintas limitaciones o excepciones contenidas los artículos 5.2 y 5.3 de la Directiva. No obstante, (a) no pueden incluir excepciones o limitaciones nuevas, que no se enumeren en la DDASI; y (b), si optan por incluir una determinada limitación en sus ordenamientos han de hacerlo de acuerdo (la DDASI utiliza la fórmula “*con coherencia*”) a la regulación que se establece en la Directiva para dicha limitación. No obstante, HUGENHOLTZ nos recuerda que además las excepciones o limitaciones contenidas en el artículo 5 constituyen prototipos de normas jurídicas, y los Estados miembros, además de decidir si incluyen o no una determinada excepción en su legislación nacional, pueden decidir sobre si transcriben la excepción de una manera más laxa o más estricta ¹²⁷⁰.

Con respecto al límite de copia privada, señala este mismo autor que el artículo 5.2 b) de la DDASI permite reproducciones para un uso no comercial “*en cualquier soporte*” ¹²⁷¹ (analógico o digital). La DDASI no especifica si dicha reproducción no autorizada se ha de realizar desde un soporte al el usuario haya tenido “*acceso legal*” ¹²⁷². Obviamente, la diferencia entre que el acto de reproducción se realice desde un soporte al que se haya tenido acceso legal (un DVD que el usuario ha adquirido en una tienda), o desde un soporte al que se haya tenido acceso no autorizado o ilegal (un DVD que el usuario ha adquirido en el top-manta) resulta tan sustancial, que cambia por completo no solo el sentido de la limitación, sino el propio alcance del derecho de reproducción.

¹²⁶⁹ Considerando 32 de la DDASI: “*La presente Directiva establece una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público. Algunas de las excepciones o limitaciones sólo se aplican al derecho de reproducción cuando resulta pertinente. La lista toma oportunamente en consideración las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y está destinada al mismo tiempo a garantizar el funcionamiento del mercado interior. Los Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición.*”

¹²⁷⁰ Para un estudio más profundo sobre este tema v. HUGENHOLTZ, BERNT SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, IVIR, Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2011.

¹²⁷¹ Artículo 5.2. b) de la DDASI: “*b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6*”.

¹²⁷² HUGENHOLTZ, BERNT SENFTLEBEN, Op. Cit. Pág 14.

En la práctica no es lo mismo que la Ley permita realizar una o más copias para uso personal de una obra adquirida legalmente (lo cual es un uso legítimo perfectamente admisible, o al menos tolerado, en todas las jurisdicciones que han incorporado el límite de copia privada en su ordenamiento jurídico ¹²⁷³), que realizar una copia de una copia ilícita (y eso que la fórmula de la LPI “*a partir de obras a las que haya accedido legalmente*” ha planteado asimismo problemas por su inconcreción, y todo indica que la nueva redacción del artículo especificará restrictivamente lo que se haya de entender por “*acceso legal*”). Los actos de realización de copias que tengan como fuente una copia ilícita deberían ser excluidos del ámbito de aplicación del límite, puesto que están viciados en su origen.

De acuerdo con GERVAIS ¹²⁷⁴, al contrario del criterio director contenido en la doctrina del “*fair use*” americana, todas las limitaciones contenidas en los artículos 5.2 y 5.3 de la DDASI se codificaron con la intención de responder a un propósito legislativo determinado. Se pueden identificar además de, por supuesto, el límite de copia privada del que hablaremos más extensamente, los siguientes: posibilidad de realizar fotocopias de material protegido por derechos de autor, sujeto a remuneración compensatoria (artículo 5.2. a)); uso de material protegido por bibliotecas museos y archivos (artículo 5.2 c)); grabaciones efímeras (artículo 5.2. d)); reproducciones de grabaciones de emisiones televisivas o radiofónicas por hospitales o prisiones (artículo 5.2. e)); uso con el propósito de ilustración con fines educativos y de divulgación científica (artículo 5.3. a)); usos en beneficio de personas discapacitadas (artículo 5.3. b)) ; usos derivados del derecho fundamental a la información (artículo 3. c)); citas con el propósito de crítica o reseña (artículo 5.3. d)); usos con el propósito de seguridad pública, o para la realización eficiente, o para la cobertura adecuada de procedimientos administrativos, parlamentarios, o judiciales (artículo 5.3. e)); uso de discursos políticos y conferencias dadas en público (artículo 5.3. f)); uso durante celebraciones religiosas u oficiales (artículo 5.3. g)); uso de obras arquitectónicas o escultóricas que se encuentren situadas de forma permanente en vías públicas (artículo 3. h)); inclusiones incidentales de obras en distinto material (artículo 5.3. i)); usos con el propósito de anunciar la exhibición pública de o venta de obras de arte; (artículo 5.3. j)); usos con los propósitos de caricatura, parodia o pastiche (artículo 5.3. k)); uso realizado con el propósito

¹²⁷³ Con la excepción quizá del Reino Unido e Irlanda.

¹²⁷⁴ GERVAIS, DANIEL J., *Op. Cit.*, Pág 34.

de la demostración o reparación de equipos ¹²⁷⁵ (artículo 5.3. l)); usos para la reconstrucción de edificios (artículo 5.3. m)); usos de hemerotecas con el objeto de realizar una investigación o estudio personal (artículo 3. n)); otros usos analógicos de menor importancia ((artículo 5.3. o)). En total son 21 excepciones o limitaciones, una de las cuales son de obligatoria transposición, y 20 de transposición facultativa. Estos usos en todo caso, se han de interpretar de acuerdo a la regla de los tres pasos del artículo 5.5 de la DDASI, que hemos estudiado más arriba. Por tanto, dado que 20 de las 21 posibles excepciones contempladas en la DAASI son de carácter facultativo, la legislación positiva de los Estados miembros en este asunto representa un amplio abanico legislativo, donde incluso translucen diversas filosofías legislativas ¹²⁷⁶.

Como podemos ver, la especificación de las limitaciones al Derecho de Autor en la DDASI es tal que se enumeran incluso algunas limitaciones que no tienen demasiada importancia en la práctica, o que no parece necesario que se debieran haber puesto negro sobre blanco en una norma positiva, al menos en lo que se refiere al ámbito digital ¹²⁷⁷ ¹²⁷⁸. Para GUIBAULT el mayor problema que existe con la lista exhaustiva de excepciones es que un mercado tan dinámico como es el de la explotación de contenidos en la Red, requiere una norma más flexible que responda a las nuevas necesidades derivadas del avance de la tecnología ¹²⁷⁹. A “*sensu contrario*”, las limitaciones y su especificación positiva se interpretan muy a menudo de manera muy libre, y además erróneamente por parte de los Estados miembros. No hay mejor ejemplo que la regulación de la compensación por el límite de copia privada al derecho de reproducción, límite que corresponde a “*persona física para uso privado*”, según la LPI, y cuyo compensatorio se repercutía también a personas jurídicas

¹²⁷⁵ Por ejemplo, televisores expuestos en establecimientos de venta de electrodomésticos.

¹²⁷⁶ KNIGHT pone como ejemplo que en el Reino Unido no existen limitaciones relativas a la parodia o en pastiche, mientras que en otros países de la Unión como Francia son fundamentales por su conexión con la libertad de expresión y prensa. Por el contrario, en Reino Unido el tema del acceso a la educación de sus ciudadanos es primordial, por lo que las limitaciones relativas al uso de obras sujetas a Derecho de Autor por parte de bibliotecas y comunidades educativas está mucho más desarrollado que en otros países de la Unión Europea. KNIGHTS, ROBERT. M., Op. Cit. Punto 24.

¹²⁷⁷ En el ámbito analógico se permite a los Estados miembros la inclusión en su ordenamiento de limitaciones de importancia menor no enumeradas en la DDASI 5.3. o).

¹²⁷⁸ HUGENHOLTZ piensa que la única limitación taxativa para los Estados, la relativa a reproducciones provisionales, también se podría haber evitado, puesto que deriva del sentido común. HUGENHOLTZ, BERNT, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR vol. 11, 2000, Pág. 501-502.

¹²⁷⁹ GUIBAULT, LUCIE, *Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonization. The Case of Limitations on Copyright under the Directive 2001/29/EC*, JIPITEC, 2010, Pág 57. GUIBAULT pone como ejemplo el caso de Google Image Search Service, en que el uso de fotos en miniatura del servicio de búsqueda de Google no era subsumible en ninguna limitación bajo el derecho alemán. La excepción más parecida, el derecho de cita, no resultaba aplicable.

¹²⁸⁰, hasta que la Sentencia del TJUE sobre el caso PADAWAN se encargó de poner “los puntos sobre las íes” en lo referente a este tema ¹²⁸¹. Este “*desorden conceptual*” sobre el límite deriva a mi modo de ver de la asimismo vaga en demasía definición del límite que se puede encontrar en la DDASI.

No obstante, el que la DAASI no requiera un nivel de armonización muy elevado, en cuanto a la mayoría de las limitaciones, podría ser considerado como una oportunidad, ya que nada impide que se restrinja al máximo el alcance del el límite de copia privada en la norma jurídica española sobre Derecho de Autor. De hecho, desde el punto de vista de la sistematización de las normas comunitarias, cabría incluso la posibilidad de desterrar el límite de nuestro ordenamiento jurídico (al menos en el ámbito digital).

En cuanto a la “*regla de los tres pasos*”, como hemos visto se encuentra en el artículo 5.5. de la DDASI:

“Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”.

Para LÓPEZ MAZA, “*es evidente que la intención de la DDASI es restringir aún más las limitaciones existentes, tanto a nivel europeo, como a nivel nacional*” ¹²⁸². El mismo autor señala que existen algunas diferencias formales entre la “*regla de los tres pasos*” tal y como se encuentra enunciada el artículo 10 del TDA de la ADPIC, y en el artículo 5.5. de la DDASI. En concreto, la sustitución de la fórmula “*ciertos casos especiales*” por “*determinados casos concretos*”, y que las limitaciones “*únicamente*” se aplicarán en casos específicos. Para este autor, no obstante, estas diferencias son básicamente formales, especialmente “*en países que siguen la tradición continental del Derecho de Autor, en los que está claro que las limitaciones son eso, límites a una regla general que no pueden ser aplicados extensivamente o aplicados por analogía*” ¹²⁸³. Aunque

¹²⁸⁰ De hecho actuaba como una compensación por la piratería.

¹²⁸¹ Sentencia de la Sala 3ª del TJUE de 21 de octubre de 2010. Caso “PADAWAN”.

¹²⁸² LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 95.

¹²⁸³ Ídem. Pág 96.

la “*regla de los tres pasos*” no ha sido incluida de manera explícita en muchas legislaciones en el seno de la UE (como por ejemplo en Alemania, Bélgica, Holanda o el Reino Unido), ha de ser tomada en cuenta para interpretar todas las limitaciones o excepciones desarrolladas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de acuerdo con el principio de interpretación del derecho nacional al derecho comunitario ¹²⁸⁴. Para GONZÁLEZ DE ALAIZA, el artículo 5.5. de la DDASI dispone que la “*regla de los tres pasos*” se ha de utilizar, no solo en el momento de legislar sobre una limitación o excepción, sino también en el momento de aplicación a un caso concreto de la misma; lo cual lleva a este autor a formular la siguiente máxima: “*si el legislador nacional prevé una excepción que admite dos interpretaciones, una contraria a la regla de los tres pasos [la regla de los tres pasos] y otra permitida por la misma, deberá adoptarse [por el miembro del poder judicial] esta última*” ¹²⁸⁵. No obstante, como demuestran sentencias como elrincondejesus.com, u otras de distintas Audiencias provinciales en el ámbito penal, la interpretación que se hace por los tribunales suele ser la más garantista para los usuarios, y se ignora sistemáticamente “*la regla de los tres pasos*” a pesar de que la LPI española la recoge expresamente en su artículo 40 bis.

Como hemos visto, en el Considerando nº 44 de la Directiva ¹²⁸⁶, se explicitaba que los Estados miembros podrían limitar el alcance de determinadas limitaciones al Derecho de Autor de acuerdo a razones de oportunidad, con el objeto de aminorar el mayor impacto económico que estas puedan tener para los titulares de derechos debido a los avances en la tecnología. Por tanto existe para los Gobiernos de los Estados miembros un amplio margen para restringir una limitación si por causa de los avances en la tecnología, tal limitación infringe claramente la “*regla de los tres pasos*”. Pero es que además, el artículo 5.5. De la DDASI puede ser directamente invocado por los Tribunales Españoles para “*establecer un control en la legislación doméstica cuando interpreta dicha*

¹²⁸⁴ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág 45.

¹²⁸⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA, Op. Cit. Pág 236.

¹²⁸⁶ “*Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales. Las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación. El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los Estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilizaciones de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor*”.

legislación de forma conforme con el derecho comunitario”¹²⁸⁷ ; aunque no para eliminar el límite en cuestión, sino para corregirlo, evitando los abusos y perjuicios que su aplicación infringe a los titulares de derechos¹²⁸⁸ .

En conclusión, los Estados miembros podrán desarrollar las limitaciones a los derechos de explotación que consideren oportuno, siempre que la limitación desarrollada en el Ordenamiento Jurídico del Estado Miembro en cuestión se encuentre dentro de la lista cerrada que proporciona en el artículo 5 de la DDASI, y su desarrollo en la norma, y además su aplicación práctica sea conforme a la interpretación de la “*regla de los tres pasos*” contenida en el punto 5 de dicho artículo. Cuando los Estados miembros incorporen una limitación al Derecho de Autor en su Ordenamiento Jurídico, habrán de hacerlo de acuerdo con las indicaciones del articulado de la DDASI, no pudiendo expandir el alcance de tal limitación (es decir, restringiendo aún más el Derecho de Autor limitado) aunque sí restringir el alcance del límite en cuestión por razones de oportunidad. Por tanto, y salvando las normas específicas que la DDASI contiene sobre la limitación de copia privada, que estudiaremos en su debido momento, de acuerdo con la DDASI, el legislador en España es libre de restringir esta limitación cuanto desee por razones de oportunidad, o incluso de eliminarla de su ordenamiento jurídico. En suma, la DDASI, el Derecho Comunitario, no obliga al legislador español a mantener el límite de copia privada (ni en ningún caso a mantener un límite de copia privada “amplio”), lo que resulta de competencia exclusiva del legislador español.

3.6 **Las limitaciones al Derecho de Autor en la LPI.**

Las limitaciones al Derecho de Autor en la normativa española sobre propiedad intelectual se pueden encontrar en el Título III, Capítulo II de la LPI, bajo el significativo epígrafe “*límites*”: significativo porque el Legislador conscientemente deshecha utilizar el término “*excepciones*” (o ni siquiera “*limitaciones y excepciones*”. ¿Por qué es relevante esta elección en el lenguaje de la norma positiva entre las opciones disponibles señaladas? GONZÁLEZ DE ALAIZA cita a CASAS VALLÉS, para realizar una distinción entre ambos términos (limitaciones y excepciones), que por

¹²⁸⁷ GARROTE, Op. Cit. Pág. 152.

¹²⁸⁸ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág 51.

su agudeza vamos a reproducir aquí: “*La LPI española, por lo general, habla de límites para referirse a lo que internacionalmente se denominan excepciones y limitaciones. En la doctrina estos dos últimos términos son de uso corriente, empleándose el primero (“excepciones”) para aquellos casos en los que el titular carece de la facultad de autorizar o prohibir, y tampoco percibe remuneración alguna: y el segundo (“limitaciones”) para aquellos otros en que, faltando la expresada facultad, al menos si hay remuneración*” ¹²⁸⁹ .

Por tanto, cuando hablamos de “excepción” hablamos de un derecho de los usuarios a utilizar una obra sin autorización ni remuneración, y cuando hablamos de “limitación” hablamos de que el ordenamiento jurídico permite a los usuarios usar un derecho de explotación sin autorización de su titular, por razones de oportunidad, de fallo de mercado, o en atención a fines sociales que el legislador considera importantes; por tanto, el legislador reconoce al mismo tiempo que se ha impuesto una traba al titular de un derecho de explotación sobre su legítimo ejercicio, y por tanto le concede una compensación económica que subsane a este titular de derechos por las pérdidas económicas derivadas del no-ejercicio de su derecho. De ahí lo en principio significativo que resulta que la LPI hable exclusivamente de límites; y como el lector ya habrá notado, en este trabajo se intenta utilizar casi exclusivamente este término, aunque que ambos se usan en numerosas fuentes (sobre todo internacionales ¹²⁹⁰).

Hemos de decir en primer lugar que los límites contemplados en la LPI, como hemos señalado anteriormente, lo son en cuanto a los derechos de explotación, no lo son en cuanto a los derechos morales. BERCOVITZ considera que las utilizaciones que se hagan de una obra basándose en uno de los límites señalados en la LPI deberán respetar los derechos morales del autor ¹²⁹¹ ¹²⁹² . La LPI introduce en su Libro I, Título III, Capítulo II algunas de las limitaciones que se recogen en el “*numerus clausus*” de los apartados 1, 2, 3, y 4 del artículo 5 de la DDASI. El artículo 2 de la LPI

¹²⁸⁹ CASAS VALLÉS, RAMÓN, (Ponente) «Borrador de Respuesta al Cuestionario ALAI 2003», junio 2003, Pág 1. Referenciado por GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 103.

¹²⁹⁰ De hecho resulta muy complicado encontrar el término “*limitations*” en fuentes (tanto primarias como secundarias) del derecho anglosajón, y lo normal es encontrar el término “*exception*”, y consecuentemente “*private copying exception*”.

¹²⁹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*. Coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Tirant lo Blanch. 2006. Pág 105.

¹²⁹² Estos derechos quizá deriven del artículo 20 de la CE, que como hemos visto sí que se encuentra enclavado entre los derechos fundamentales y libertades públicas.

que define el contenido de los derechos de autor señala que “*La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*” y el artículo 17 de la misma Ley, que proclama los derechos de explotación del autor sobre su obra señala que “*Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley*”. Por tanto los límites a los derechos de explotación se contienen en la misma LPI; aunque como señala LÓPEZ MAZA ¹²⁹³, existen otros límites extramuros de la LPI, como los de buena fe, y el de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo del artículo 7 del CC, o los límites derivados de derechos fundamentales o libertades públicas que delimitan los derechos de explotación de los autores (derechos que, como también hemos visto, derivan del derecho de propiedad y de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado del artículo 33 de la CE o el artículo 38 de la CE). Así, el artículo 33.3 de la CE prescribe que “*Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes*”; es decir, remite a la Ley para la limitación de los derechos de propiedad por parte del Estado, de acuerdo con unos presupuestos materiales y formales. Además, estos derechos se limitan indirectamente a través de la actuación de los principios ordenadores del ordenamiento jurídico, como por ejemplo los contenidos en el artículo 44 de la CE. No obstante, y aunque hay otros límites en otras partes de la LPI ¹²⁹⁴, sólo los límites contenidos en el Libro I, Título III, Capítulo II de la LPI se hallan sometidos directamente y de manera explícita a la “*regla de los tres pasos*” positivada en el artículo 40 bis de dicha Ley, que señala que “*Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran*”. Esta regla se encuentra en el mismo Título y en el mismo Capítulo de la LPI que el límite de copia privada.

¹²⁹³ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág. 97.

¹²⁹⁴ LÓPEZ MAZA pone como ejemplo el artículo 14.5 de la LPI. Ídem.

Dejando aparte las reproducciones provisionales del artículo 31.1 de la LPI, y por supuesto el límite de copia privada del artículo 31.2 de esta norma jurídica, que merece nuestro estudio pormenorizado, los límites contenidos en el Capítulo II responden a una amalgama de objetivos o fines tales como los de seguridad pública o el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios ¹²⁹⁵ del artículo 31.bis.1.; el límite a la explotación de obras divulgadas en beneficio de personas con discapacidad que responde al fin de incentivar la función social de la propiedad intelectual ¹²⁹⁶ del artículo 31.bis.2; el límite de cita del artículo 32 con los fines de análisis, comentario, crítica, o mera ilustración ¹²⁹⁷, de investigación ¹²⁹⁸ del artículo 32; el límite de reproducción de artículos periodísticos en forma de reseñas de prensa, o “*press clipping*” asimismo del artículo 32; el de reproducir, distribuir, o comunicar pequeños fragmentos de obras por profesores de enseñanza reglada para fines ilustrativos de la docencia del mismo artículo.

Además, están los límites relativos a la libertad de información, como el de redifusión de trabajos y artículos de actualidad; de conferencias, alocuciones y similares del artículo 33 de la LPI; el de reproducción, distribución, o comunicación de obras situadas en vías públicas con ocasión de informaciones de actualidad, ya sea transitoria o momentáneamente, del artículo 35. Las limitaciones relativas a la comunicación de emisiones de una obra por cable o satélite, o el de realizar copias efímeras por entidades de radiodifusión del artículo 36 responden a necesidades logísticas y técnicas de las entidades de radiodifusión. Otra cuestión son las limitaciones de realizar reproducciones no lucrativas para fines de investigación y conservación, el importante límite que faculta al préstamo público, o a la puesta a disposición de obras por parte de museos, archivos, bibliotecas, fonotecas, o filmotecas, sujeta a compensación del artículo 37 que responde, este sí, a la obligación que se establece para los poderes públicos de tutelar y promover el acceso a la cultura.

De hecho me merece especial atención esta limitación, ya que demuestra que existen formas alternativas en las que el Estado garantiza el acceso a la cultura a los ciudadanos, sancionando la

¹²⁹⁵ MARTÍN SALAMANCA, SARA, «Límites a los derechos de explotación (I)», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch, Pág. 214.

¹²⁹⁶ Ídem. Pág. 217.

¹²⁹⁷ Ídem. Pág. 220.

¹²⁹⁸ Ídem.

compensación a los autores y titulares de derechos sobre una obra. Cuando yo era estudiante de derecho, como la mayoría de los estudiantes no andaba sobrado de dinero, por lo que era un habitual de las bibliotecas públicas. En mi caso, siendo ya el cinéfilo que soy hoy, acudía varias veces a la semana a la sección audiovisual de las bibliotecas públicas, y gracias a este hábito, hoy tengo una (modestia aparte) vasta cultura cinematográfica de la que me siento muy orgulloso. Aún hoy, que vivo en EE.UU., utilizo muy frecuentemente el servicio de préstamo de las bibliotecas para ver películas, series de televisión, etc. Estos servicios son perfectamente legales, tanto en España como en EE.UU., y quien no los usa es porque no quiere (por razones de comodidad o conveniencia, que no justifican ninguno de los límites al Derecho de Autor). Llegará un momento en que las videotecas, bibliotecas, y similares, sean virtuales, y en que la Red juegue un rol muy importante en la difusión de la cultura a través de la misma, de igual modo que antes, que hoy, lo juegan las bibliotecas públicas “*reales*”. Este momento llegará cuando las medidas tecnológicas y una situación real de seguridad jurídica para los titulares de derechos de propiedad intelectual permitan el préstamo de obras por instituciones públicas a través de la Red sin distorsionar el mercado (porque las bibliotecas públicas compensan a los autores por el uso que se hace de sus obras). Espero se me disculpe la nota personal; pero me sirve de apoyo para contrargumentar contra aquellos que defienden que la reproducción no autorizada de obras a través de Internet es la única manera de acceder a la cultura para los sectores de la sociedad más débiles económicamente, puesto que yo mismo soy prueba viviente de que existen alternativas gratuitas (para el ciudadano, porque el Estado compensa a los titulares de derechos) de acceso a la cultura. Ahora bien, lo que la promoción del acceso a la cultura del artículo 44 de la CE no significa es la promoción del “acceso a la cultura más conveniente para el usuario”.

Hecha esta salvedad, diremos que además existen en el capítulo II de la LPI el (controvertido doctrinalmente ¹²⁹⁹) límite de la ejecución de obras musicales en actos oficiales del Estado, de las Administraciones Públicas, y en ceremonias religiosas del artículo 38 de la LPI, que resulta tener efectos casi residuales en cuanto a sus consecuencias económicas para los titulares de derechos de

¹²⁹⁹ MARTÍN SALAMANCA, SARA, «Límites a los derechos de explotación (II)», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch, Pág. 242.

autor, y el importante límite de parodia del artículo 39, que emana de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 de la CE.

Todos los límites mencionados se han de interpretar de acuerdo a la “*regla de los tres pasos*” que el legislador español ha decidido incluir de manera explícita en la LPI, aunque no de forma idéntica a como se halla formulada en el artículo 5.5 de la DDASI. GERVAIS nos explica que al transponer la Directiva a la legislación nacional, ciertos países, entre los que se encontraba España, optaron por no incluir en su parte dispositiva el primer paso de la “*regla de los tres pasos*” que contiene el artículo 5.5 de la DDASI; es decir el referente a que “*Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos*”. Este autor conjetura que esto es debido al hecho de que en puridad solamente los últimos dos pasos contienen una norma estrictamente operativa ¹³⁰⁰ ; aunque también podría pensarse (especialmente si consideramos lo ocurrido en España con el límite de copia privada y la compensación equitativa) que el legislador español optó por suprimir el primer paso como un método de eliminación del carácter limitado que debieran tener los límites o excepciones. El artículo 40 (bis) de la LPI así regula la “*regla de los tres pasos*” de la siguiente forma:

“Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”.

Así, podríamos decir que en España el límite de los tres pasos, es en realidad el “límite de los dos pasos”.

Conclusión

Localizar el Derecho de Autor en el sistema de clasificación de derechos y libertades de la CE resulta necesario por un triple motivo: a) Se necesita determinar la naturaleza constitucional del Derecho de Autor como paso previo para determinar la naturaleza de los derechos de explotación, y en concreto del derecho de reproducción, cuyo libre ejercicio por su titular restringe el límite legal de copia privada. b) Resulta esencial para resolver el potencial conflicto en términos de

¹³⁰⁰ GERVAIS, DANIEL J., *Op. Cit.*, Pág 35.

jerarquía constitucional entre el derecho de reproducción y el límite de copia privada (y). c) Es de suma importancia determinar la naturaleza jurídica del Derecho de Autor para deducir cual sea el “*contenido esencial*” de este derecho, con el objeto de analizar si la aplicación del límite de copia privada lo pudiere lesionar.

En cuanto al primer motivo, hay que decir que en España se otorga el rango de derecho fundamental a los derechos morales de los autores (entre los que se encuentran tanto el acto de crear libremente, como el de divulgar la obra ya creada), y estos emanan del art. 20.1 b) de la CE), quedando los derechos patrimoniales o de explotación reconocidos como una especialidad del derecho de propiedad emanado del artículo 33 de la CE, y teniendo asimismo importancia en los derechos patrimoniales o de explotación la libertad de empresa en el ámbito de una economía de mercado, modelo económico que para España reconoce el art. 38 de la CE. Por tanto, el derecho de reproducción, siendo un derecho patrimonial o de explotación, emanaría del artículo 33 de la CE.

En lo concerniente al segundo motivo, y tras sopesar la posible relación del límite de copia privada con algunos de los derechos y libertades del Capítulo II de la CE, e incluso con alguno de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III de la CE, la conclusión es que el límite no deriva o emana de ninguna de estas normas constitucionales. Por lo que respecta al tercer motivo, tampoco se puede defender que la función social de la propiedad fundamente en ningún modo el límite de copia privada, y por tanto su eventual eliminación de la LPI (al menos en el ámbito digital) no supondría ningún problema de índole constitucional.

Por último, la propia CE, vía su artículo 93, habilita para que España pueda ceder a una “*organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*”. España, al igual que todos los países miembros de la UE, ha cedido competencias a la UE sobre determinadas materias entre las que se encuentra el Derecho de Autor. La Directiva que regula este tema no es otra que la DDASI, y aunque en ella se regula el límite de copia privada, su adopción por parte de los Estados miembros de la UE es de carácter facultativo. Por tanto, si no se produce una revisión de la normativa europea, no existe ningún impedimento que se deduzca directa o indirectamente de la CE para que España elimine o reforme, bastando una mayoría simple en el Parlamento, el límite de copia privada del ordenamiento jurídico español. En palabras de

GARROTE, «*Se trata de un límite que no tiene un fundamento constitucional sólido que lo convierta en una cuestión de orden público* ¹³⁰¹ ».

El derecho de reproducción no es sólo uno más de los derechos de explotación emanados del Artículo 33 de la CE, sino que además es la piedra angular sobre la que se cimenta la regulación legal de la transmisión de todo tipo de contenidos en la Red, y por esta misma razón todos los usuarios de la Red somos sujetos pasivos del derecho de reproducción de los autores sobre sus obras (pero ejemplo, al realizar un acto tan sencillo como consultar un periódico en línea). Esto convierte al derecho de reproducción en una de las normas del ordenamiento jurídico español que potencialmente afecta a un mayor número de personas, y sin embargo su regulación tan tremendamente oscura y compleja que incluso existen divergencias radicales entre los expertos sobre su exacta interpretación y traslación práctica. Este derecho consiste en la facultad exclusiva del autor o del derechohabiente de autorizar o prohibir la reproducción de “expresión fijada” (no de ideas o de hechos). La autorización normalmente se realiza mediante precio (y a menudo, a través de un amplio número de intermediarios que constituyen la industria de contenidos), por lo que existe un mercado de contenidos, y consecuentemente no estamos hablando ni de un premio o subvención del Estado a los autores; ni de que el progreso de la cultura (aunque es su consecuencia inexorable) constituya la razón primordial para que se realicen de hecho estos actos de explotación. Por tanto, el ejercicio del derecho de reproducción es un acto legítimo con significación económica reconocido (e idealmente protegido y fomentado) por el artículo 38 de la CE. Los autores o titulares de derechos de explotación realizan una inversión (ya sea en tiempo, talento o dinero), y legítimamente esperan recuperarla junto con un margen de beneficio, parte del cual servirá para realizar nuevas inversiones. Estas actividades económicas están sujetas como todas las demás a un régimen impositivo.

La reproducción comienza en el momento de la fijación, y si no existe esta necesariamente no existe aquella. Una sola copia es suficiente para que podamos hablar de fijación en sentido legal. Son reproducciones las fijaciones directas o indirectas que se realicen por cualquier medio o forma: tanto si son tangibles, como si son intangibles. Por su parte, se consideran legalmente

¹³⁰¹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 168.

reproducciones provisionales las fijaciones que carezcan por si mismas de una significación económica independiente, sean transitorias o accesorias, o formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico. Su finalidad consiste en facilitar, bien una transmisión en red entre terceras partes, por un intermediario, bien una utilización lícita. Por tanto, ni las copias efímeras, ni las “*copias caché*” se consideran reproducciones a efectos de la LPI. Sin embargo las copias en memoria RAM sí que se consideran legalmente reproducciones pese a su temporalidad, puesto que participan de dos características fundamentales: son reproducciones susceptibles de ser comunicadas colectivamente, y gozan de una significación económica. Estas reproducciones, cuando se transmiten de manera interactiva, de manera que el usuario pueda disfrutarlas en el lugar y en el momento que elija, no se encuentran sujetas al límite de copia privada. Esta especialidad de esta relativamente forma de comunicación, que se convertirá en la principal a mucha distancia de todas las demás en breve, no es baladí, puesto que parece indicar que derecho de reproducción en la era digital se liberará del límite de copia privada en un futuro más o menos cercano, puesto que no resulta compatible con los nuevos modelos de explotación.

Por tanto, en el ámbito del Derecho de Autor el derecho de reproducción ha extendido sustancialmente su ámbito de actuación hasta cubrir prácticamente el “*ius prohibendi*” de los autores y asimilados legales sobre cualquier acto de reproducción no autorizado realizado en la Red sobre sus obras sujetas al Derecho de Autor, permanente o volátil, en memoria ROM o en memoria RAM, siempre que tal acto de reproducción posea un significado económico independiente, con la sola exclusión de las reproducciones provisionales meramente técnicas. Asimismo, el Derecho de Autor facilita a los titulares de derechos una gran variedad de modelos de licencias que tienen por objeto autorizar tanto los actos de explotación tradicionales (por ejemplo, la distribución pública, o la comunicación pública a través de una emisión televisiva), como las nuevas modalidades de explotación (por ejemplo, la puesta a disposición interactiva en la Red), o incluso las autorizaciones “a la carta” (como la que se realiza mediante licencias “*creative commons*”). El Derecho de Autor resulta entonces lo suficientemente elástico como para adaptarse a la nueva realidad social y tecnológica, y lo que tal realidad lleva a aparejada es la devolución por parte del Derecho de Autor del absoluto control sobre la explotación de sus obras a los titulares de derechos. Este control iría desde la eliminación o restricción contractual de límites legales como el de copia privada en ciertos casos (puesta a disposición interactiva en la Red), a la

cesión gratuita de ciertos derechos al público conservando otros (la cesión del derecho de reproducción en una licencia “*creative commons*”, que conserva el derecho moral de reconocimiento de la autoría sobre la obra). La regulación legal del límite de copia privada desde el año 2006 hasta la actualidad en España se ha interpretado frontalmente en contra de esta tendencia general de devolver a los titulares de derechos el control total sobre la explotación (o no explotación) de su obra propiciada por la revolución digital. Además en la práctica, la protección de los derechos morales que prescribe la LPI también resulta ser papel mojado; por ejemplo, por cuenta de la prevalencia de la presunción de “*buena fe*” de cada uno de los usuarios ilegítimos que se amparan en el límite, frente al titular de derechos cuya obra ha sido divulgada sin su autorización.

Los derechos de explotación, y entre ellos, claro, el derecho de reproducción no son derechos absolutos, sino que su ejercicio se encuentra restringido por ciertos límites legales. La concepción de las limitaciones a los derechos de autor en el Derecho Comunitario, configuran estas como un “*numerus clausus*”, a diferencia de lo que ocurre en EE.UU. donde rige la defensa a imputaciones de infracción del copyright conocida como “*fair use*”, codificada en la Ley sobre Copyright norteamericana en 1976, y que resulta en un sistema más abierto que permite la creación de nuevas limitaciones, o la restricción del ámbito de actuación de las existentes según resulte conveniente mediante su aplicación en la práctica, teniendo en cuenta las nuevas situaciones de hecho provocadas por los constantes avances tecnológicos. Resulta paradójico como en EE.UU. los titulares de derechos gozan de un nivel de protección muchísimo más elevado que en un sistema en teoría más garantista como el español, en el que se regulan los derechos de forma expansiva, y las limitaciones a tales derechos de forma restrictiva.

En EE.UU. entonces, la legalidad de los actos que implican un uso no autorizado de una obra se dirime mediante la doctrina del “*fair use*”, regla de equidad bajo la cual se analiza la realidad resultante de la aplicación de la norma caso por caso, y en la que se aplican las decisiones judiciales firmes por medio del método analógico a casos con supuestos de hecho similares que ocurran con posterioridad al caso resuelto. El “*fair use*” pues implica analizar una situación en que choquen los derechos de los titulares del copyright con un acto realizado por un tercero que “*a priori*” infrinja tales derechos bajo cuatro factores que determinarán la legalidad o no del acto: (1) “*El propósito y carácter del uso realizado*”, considerando si tal uso es de naturaleza comercial o para propósitos

educativos sin beneficio económico (que incluye el beneficio económico directo o indirecto, pero también los casos en que debido al acto ilícito el usuario se ahorra un desembolso económico para el uso o disfrute de la obra, lo que provoca un lucro cesante para su titular de derechos). (2) “*La naturaleza de la obra sujeta a copyright*” (si está publicada o no, y si se trata de un trabajo de ficción o factual). (3) La cantidad y sustancialidad de la parte usada en relación a la obra objeto de copyright considerada como un todo. Por último pero no por ello menos importante (4) “*El efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor económico de la obra sujeta a copyright*” (factor que guarda gran similitud con uno de los pasos contenidos en la “*regla de los tres pasos*”). Por último, los actos basados verdaderamente en la libertad de expresión son siempre “*fair use*”, y los usuarios (o terceros) podrán siempre usar la obra de manera no autorizada (aunque podrían tener la obligación de remunerar a los titulares de derechos). Existe en la legislación positiva sobre Copyright de los EE.UU. una limitación de copia privada muy restrictiva, que se introdujo cuando aparecieron los primeros sistemas de copiado digital (el “DAT”).

En nuestra legislación, tanto en la emanada de la UE como la contenida en la propia LPI, por mor de la obligatoria implantación del ADPIC, los límites a los derechos de explotación de los autores, y por tanto el límite de copia privada al derecho de reproducción se ha/han de examinar conforme a la llamada “*regla o test de los tres pasos*”. Si el límite en cuestión no supera las condiciones del examen que supone esta regla en su aplicación práctica, no es válido, y resultará nulo de pleno derecho ¹³⁰². En teoría, la “*regla de los tres pasos*” desplegaría sus efectos sobre el Legislador a la hora de legislar, y sobre los Tribunales a la hora de juzgar; aunque en la práctica, esto no sucede en España, a pesar de que la “*regla de los tres pasos*” se encuentra en el propio artículo 40bis de la LPI. Los tres pasos contemplados en la regla son cumulativos, y según la mejor doctrina, si un límite a los derechos de explotación no cumple con uno de los tres pasos de la regla, tal límite ha de ser descartado. Además, el análisis de una limitación conforme a la regla ha de ser continuo en el tiempo (puede ser que una limitación pase el examen contenido en la “*regla de los tres pasos*” en un momento determinado, como por ejemplo el límite de copia privada analógica, o el mismo límite en el ámbito digital fuera de línea; y posteriormente este deje de superar el examen al adaptarse a nuevas circunstancias, como por ejemplo el límite de copia privada digital en línea).

¹³⁰² Aunque la no devolución a las personas jurídicas de lo abonado en concepto digital en España tras la Sentencia PADAWAN parece señalar que se ha considerado anulable en lugar de nulo.

Los pasos contenidos en el test son los siguientes: (1) La limitación ha de aplicarse “*sólo a determinados casos concretos*”; (2) la limitación “*no ha de entrar en conflicto con la explotación normal de la obra*”; y (3) la limitación “*no ha de causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derecho*”. El límite de copia privada digital no supera ninguno de los tres requisitos de validez contenidos en este test, puesto que: (a) Ni se aplica a determinados casos concretos o determinados, ya que en la práctica es un “cajón de sastre” para legitimar la piratería, tal como demuestra la Circular 1/2006 de la Fiscalía general del Estado, además de que este requisito no se encuentra en la redacción del artículo 40bis de la LPI. (b) La limitación entra en conflicto y provoca que se suplante de hecho la explotación normal de la obra. Y (3) constituye un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derecho.

Hay que subrayar que la DDASI reconoce explícitamente que el Derecho de Autor es parte integrante del derecho de propiedad. La DDASI también señala explícitamente que es función primordial del Ordenamiento Jurídico de los Estados miembros el asegurar que los titulares de derechos sobre una obra recuperen la inversión realizada para en la creación de esta obra y se aseguren un beneficio (aunque no se diga directamente, tal cosa sólo resulta factible en el marco de una economía de mercado). Claramente, estos objetivos de la norma no se cumplen en España salvo en casos muy aislados. La DDASI enumera un “*numerus clausus*” de posibles límites a los derechos de explotación, cuya trasposición en los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros resulta facultativa para estos. Entre ellos está el límite de copia privada, cuya trasposición (repetimos) no es obligatoria para los Estados miembros de la UE ¹³⁰³. De trasponerse esta norma, el Estado miembro en cuestión gozaría de cierta libertad para perfilar su alcance, excepto con respecto a algunos elementos de la norma que resultan de preceptiva trasposición; como por ejemplo, la obligación de arbitrar una compensación equitativa adecuada por razón del límite y su ámbito de aplicación.

El límite de copia privada no es en puridad una excepción al derecho de reproducción de los autores sobre su obra, sino una limitación a este. La implicación obvia de esta proposición es que los beneficiarios del límite no gozan de ningún derecho subjetivo a realizar copias privadas. El único derecho subjetivo que se deriva del límite de copia privada es el de los autores a recibir una

¹³⁰³ De hecho en el ámbito de la UE el Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo, Chipre, y Malta no contemplan en sus legislaciones el límite de copia privada.

compensación correlativa al perjuicio económico causado por la limitación legal de su propiedad. Esta compensación se llama equitativa, y de no existir de forma correlativa al límite, y reparar proporcionadamente a las pérdidas ocasionadas a los titulares de derechos por los actos realizados por los usuarios bajo el amparo del mismo, la limitación es injusta y un abuso del poder del Estado. La inclusión legal de la compensación equitativa en España en los Presupuestos Generales del Estado, por la reducción de su cuantía a cinco millones de euros anuales presupuestados sin modificar simultánea y restrictivamente la propia redacción del límite de copia privada (se acabaron repartiendo entre los titulares de derechos de explotación algo más de ocho millones en este concepto en el año 2012), no compensa adecuadamente a los autores o titulares de derechos de explotación por el uso realizado de sus obras con amparo en una interpretación “amplia” del límite. Por lo cual, en cuanto no se restrinja aún más, o (mejor aún) se elimine en el ámbito digital el propio límite, tanto este como la compensación equitativa derivada de él son contrarios al derecho comunitario y a las normas de derecho internacional. Además de a la “*regla de los pasos*” contenida en la misma LPI. Las soluciones alternativas esta situación son: (a) Modificar el límite de copia privada restringiendo sustancial y radicalmente su ámbito de actuación, con lo que la cantidad destinada por el Gobierno para compensar la compensación equitativa sería evidentemente menor; aunque esta solución tal y como se dibuja en la reforma proyectada por el Gobierno, con su discutible uso del criterio del “perjuicio mínimo” podría plantear problemas de validez conforme a las reglas de Derecho Comunitario; o bien (b) subir la cuantía de la compensación equitativa por lo menos a ciento cuarenta millones de euros anuales que se recaudaban en el momento de máximo esplendor del derogado sistema de compensación por canon digital; o bien c) eliminar el límite de copia privada del ámbito digital, protegiendo e impulsando efectivamente que los titulares de derechos de explotación puedan efectivamente ejercitar estos derechos en el mercado, con la ayuda de las medidas tecnológicas de protección para eliminar la “*imposibilidad de control*” de las reproducciones realizadas en el ámbito doméstico, poniendo el acento sobre la persecución de la elusión de tales medidas, y perfeccionando las normas sobre autorización tácita para las obras sacadas al mercado sin medidas tecnológicas de protección.

En cuanto a la LPI, puesto que esta habla de “*límites*” a los derechos de explotación, y no de “*excepciones*”, hay que concluir que no existe en el ordenamiento jurídico español un derecho de los usuarios a la copia privada. Esto implica también que al no existir tal derecho la modificación

del artículo 31.2 simplemente consistiría en devolver a los titulares de derechos de explotación el control sobre los derechos de explotación de su obra en un ámbito determinado (el digital), por razones de oportunidad. Esto resultaría asimismo así de simple en el plano jurídico-técnico. Cosa distinta sería la indudable impopularidad que la eliminación del límite acarrearía al Gobierno que se atreviera a realizarla. Todo parece indicar que los políticos españoles razonan que puesto que el país cuenta ya con cerca de seis millones de parados, y con una tasa de desempleo juvenil que supera el 40%, es muy mal momento para cortar el suministro gratuito de obras de creación a los ciudadanos a costa de los derechos de propiedad de los autores. ¿El resultado? El expuesto con anterioridad: estamos creando varias generaciones para las cuales el desprecio por la Ley y por la propiedad (por todo tipo de propiedad) resulta perfectamente “normal”. No importa que existan alternativas de acceso a la cultura, como por ejemplo las bibliotecas públicas ¹³⁰⁴. Los poderes públicos sujetos a procesos electorales periódicos consideran que la conveniencia o comodidad de los usuarios para acceder (de manera ilícita) a obras de creación es un activo electoral intangible. Las motivaciones no son de índole ética o moral, sino de pura oportunidad política.

¹³⁰⁴ La limitación a los derechos de explotación de los autores en favor de bibliotecas y establecimientos similares se recoge en el artículo 37 LPI. , pero parece que en nuestro ordenamiento se protege además del derecho a la cultura el derecho a la comodidad de los ciudadanos en este acceso, aunque este choque frontalmente con el derecho de propiedad.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS JURÍDICO Y CRÍTICA AL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN EL ÁMBITO DIGITAL

Durante la era analógica, se discutió con enorme amplitud el papel del límite de copia privada, tanto con respecto de las obras literarias y científicas y la reprografía, como frente a la grabación analógica de obras musicales mediante cintas de casete. Tras la popularización casi universal de estas en los años 60, la industria discográfica empezó a considerar la grabación doméstica sin fines comerciales en sentido estricto como un problema mayor incluso que el de la (entonces escasa) piratería organizada. ¿Por qué? *“El problema de la piratería era similar al de la escucha pirateada de la señal de radio en los años 20¹³⁰⁵. Era una sutil, y no ostentosa práctica que dejaba poco rastro, y que permitía cierta capacidad creativa [por ejemplo, mediante la realización de recopilaciones personales de canciones por parte del usuario] por parte de quienes de otra forma eran vistos como meros destinatarios pasivos. Tampoco se podía detener sin recurrir a desproporcionadas acciones policiales, y la legislación aplicable no ofrecía tampoco ninguna solución sencilla. Se trataba a la vez de un problema de tecnología, de localización, y de ética económica. Los grabadores de casete eran a la vez pequeños, baratos, y simples en su utilización. Las grabaciones se podían realizar ahora en un garaje, en el dormitorio, o en un estudio. Por tanto, el casete le dio la vuelta a la distinción clásica entre el hogar y el lugar de trabajo, que había sido tan característico de la era moderna. Por ello, el hogar volvió a ser de nuevo el centro de atención de los conflictos relativos a la piratería”¹³⁰⁶.*

Por ello, todos los sectores implicados terminaron por aceptar el límite de copia privada como un mal menor, y se comenzó a reconocer tanto en la realidad fáctica como en el Ordenamiento

¹³⁰⁵ Nota del autor: En los años 20 en el Reino Unido se popularizó la escucha de programas de la BBC, sin pagar la tasa correspondiente, mediante la recepción de la señal por medio de osciladores. La persecución policial de este fenómeno se topaba con los mismos problemas que existen en la reproducción analógica doméstica, principalmente el conflicto con el derecho de inviolabilidad del domicilio.

¹³⁰⁶ *“The problem of home taping was thus akin in some ways to that of pirate listening to radio in the 1920’s. It was a subtle unostentatious practice that left few traces and allowed for certain creative freedom on the part of what were otherwise seen as recipients. It could not be easily stopped without disproportionate police actions, and legislation offered no easy solution either. It was a problem at once of technology, place and moral economy. Tape recorders were small, cheap and simple to use. Recording could now be done in a garage, bedroom, or den. The cassette thus overturned the basic distinction between home and workplace so distinctive of the modern era. This was a why the home came into focus in piracy conflicts once again”.* JOHNS, ADRIAN, *Piracy: The intellectual property wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009. Pág. 446. (Traducción del autor)

Jurídico. Según el profesor SUN ¹³⁰⁷ las razones para esta aceptación general del límite de copia privada analógica se extienden en una doble dirección:

(1) Por una parte se consideraba que el efecto de la realización de copias privadas analógicas sobre la comercialización normal de las obras de creación era “*de minimis*”. Por lo tanto los incentivos para los titulares de derechos en perseguir a los usuarios que realizaran copias privadas analógicas resultaban insignificantes, puesto que en el mundo analógico existían condiciones naturales que impedían que la realización de copias analógicas tuviera el efecto devastador sobre el mercado y la industria de las obras de creación que ha terminado teniendo la copia privada digital. ¿Por qué? Por tres razones:

(a) la primera razón se encontraba relacionada con el hecho de que el acto de realizar una copia privada analógica requería de un considerable tiempo, y en general de un esfuerzo mayor que el que se necesitaba para adquirir un ejemplar de la obra en cuestión por medio de los canales comerciales habituales (Ej. en el ámbito de la música se necesitaba más tiempo y esfuerzo, para pedir prestado un LP de vinilo a un amigo, comprar una cinta virgen, grabar el fonograma en tiempo real, vigilando que el disco no estuviera rayado, etc., que en acercarse a una tienda y comprar una cinta de casete original). Los motivos para la realización de copias privadas eran casi siempre económicos; es decir, se realizaban por jóvenes que rara vez hubieran comprado el original, o con el ánimo de realizar compilaciones de canciones personales, o muy posteriormente por razones de “*space-shifting*” (es decir para escuchar el disco en el coche).

(b) La segunda razón se encontraba relacionada con que la calidad de las grabaciones analógicas se degradaba naturalmente (es decir, si se realizaba una copia del original, aquella sonaba peor que este; y si se realizaba una copia de esa copia, la calidad del sonido aún se degradaba más).

¹³⁰⁷ SUN, HACHOEN, *Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 5, 2007. Pág. 296.

(c) La tercera razón es que, según SUN ¹³⁰⁸, debido a estas limitaciones fácticas, todo el sistema de la copia privada analógica estaba naturalmente diseñado para que los usuarios compraran las obras, y sólo en segundo lugar, de manera muy marginal realizaran una copia privada doméstica.

(2) La segunda dirección en que se extendían las razones para la aceptación social y jurídica del límite de copia privada analógica era también de naturaleza estructural, aunque en este caso bifurcada en el orden de la jerarquía de derechos y de posibilidad de persecución procesal de las reproducciones no autorizadas. Resultaba tremendamente complicado, si no imposible, para los titulares de derechos sobre una obra perseguir legalmente a quienes realizaban copias privadas analógicas, ya que estas se practicaban normalmente en el ámbito doméstico, que por definición está protegido por los derechos fundamentales de inviolabilidad del domicilio y de intimidad. Tales derechos sólo ceden en circunstancias muy especiales, y bajo autorización (o ratificación en algunos casos, como el de delito flagrante) judicial. Dada la relativa poca importancia, tanto individualmente como de manera agregada, de la realización doméstica de copias privadas analógicas, a la ineficiencia económica de perseguirlas se añadía la imposibilidad procesal de hecho. Por lo tanto, la única solución posible para los titulares de derechos consistía en permitir la realización de tales copias, y en recibir una compensación económica por las pérdidas ocasionadas por su realización. ¿Cómo? Gravando la compra de los instrumentos técnicos utilizados para realizar tales copias, repercutiendo ese gravamen en los usuarios que adquiriesen tales equipos, y repartiendo lo recaudado a los titulares de derechos a través de entidades colectivas de gestión de derechos.

Hasta aquí todo bien. No obstante, si comparamos punto por punto lo dicho en el anterior párrafo con la situación creada por la llegada de la copia privada digital, veremos que la situación ha cambiado radicalmente. Tomemos las razones antes expuestas y apliquémoslas a este segundo escenario:

¹³⁰⁸ Ídem.

(1) Las consecuencias de la copia privada digital para los titulares de derechos de autor, y para la industria de contenidos ya no se pueden considerar ni mucho menos “*de minimis*” (por ejemplo, hablamos de treinta mil millones (30.000.000.000) de canciones sujetas a Derecho de Autor, descargadas sin autorización de los titulares de derechos sobre las mismas, desde el año 2004 al año 2009 ¹³⁰⁹, y de que la tasa de piratería en España alcanza ya el 77,3% de los contenidos digitales, lo que equivale a casi 11.000 millones de euros en el último año) ¹³¹⁰. ¿Qué ha cambiado respecto a la situación anterior? Recordemos las tres razones, y adaptémoslas a la situación actual:

(a) Realizar una copia digital requiere muy poco tiempo (segundos, si se dispone de una conexión a Internet rápida) y muy poco esfuerzo por parte de los usuarios. Además (dejando de lado lo que el usuario pague al proveedor de servicio de Internet, que no es en la inmensa mayoría de los casos titular de derechos sobre la obra reproducida), es gratis. Por tanto, ausente una protección legal verdadera a los titulares de derechos, resulta más fácil para un usuario descargarse una obra de forma no autorizada, que adquirirla de forma legal. Lógicamente, en los países que son más estrictos en cuanto a la protección de los derechos de protección intelectual (y curiosamente en cuyas legislaciones no existe el límite legal de copia privada digital, o existe de forma restringida), como EE.UU. y el Reino Unido, el usuario dispone de una gran variedad de alternativas para realizar descargas legales, o para acceder legalmente a contenidos (ya sea mediante suscripción, pago por uso, compra, etc.). Esto se muestra de manera mucho más patente en la industria de productos audiovisuales (series de televisión, obras cinematográficas), que en la industria discográfica. La otra cara de la moneda son los países con una historia de tolerancia hacia las descargas no autorizadas, como España, en donde un 45% de usuarios de la Red realizan habitualmente descargas no autorizadas de obras

¹³⁰⁹ Página web de la Asociación de la Industria Discográfica de América (o “*Recording Industry Association of America*”; en adelante RIAA) <http://www.riaa.com/faq.php> (consultada por última vez el 22 de junio de 2012)

¹³¹⁰ Web de la Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual, <http://www.fap.org.es>, (consultada por última vez el 23 de agosto de 2012)

protegidas por derechos de autor (el doble de la media Europea) ¹³¹¹, y donde, dado el “*status quo*”, hasta hace bien poco, nadie se atrevía a invertir en el desarrollo de opciones legales.

(b) la calidad de las copias digitales no se degrada. Por tanto, técnicamente, si realizamos 200.000 copias consecutivas de una copia, la calidad del sonido (o en su caso, de la imagen) resultaría idéntica a la de la copia original.

(c) Por tanto, si como defendía SUN, todo el sistema de la copia privada analógica estaba naturalmente diseñado para que los usuarios compraran las obras, y sólo en segundo lugar, de manera muy marginal realizaran una copia privada doméstica. En la era digital, ausente una protección eficaz, bien a través de una legislación que proteja de manera efectiva los derechos de autor, o bien a través de medidas tecnológicas de protección (del “*código*” del que hablaba LESSIG), el sistema se encuentra diseñado de manera asimismo natural para todo lo contrario: es decir, para que los usuarios copien las obras de manera no autorizada (para lo que, dependiendo del interlocutor, se utiliza el eufemismo “*compartir*”, o la más explícita expresión “*robar*” ¹³¹²), y sólo de manera subsidiaria, para que los usuarios adquieran obras de forma legítima.

(2) en cuanto a la segunda dirección, dado que la inmensa mayoría de las reproducciones digitales se realizan a través de la Red (ya sea a través de redes P2P, o similar), el tratar de evitar la realización de copias a través de medidas tecnológicas, o la localización de quien realiza copias no autorizadas de tales obras ya no es un imposible para los titulares de derechos. De hecho, estos suelen tener información exacta sobre quién, cuando, y de quien se ha realizado una copia a través de la Red, a través del uso de medidas tecnológicas, aunque si bien es verdad que sólo conocen la IP del usuario, y que para obtener un nombre

¹³¹¹ 2011 *Digital Music Report*, Federación Internacional de la Industria Fonográfica (“*International Federation of the Phonographic Industry*” en adelante IFPI) <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2011.pdf>, Pág. 15. (consultado por última vez el 22 de junio de 2012).

¹³¹² En realidad, y como explica LEVINE, estaríamos hablando de un hurto de servicio. Ver pág XXXXXX.

y una dirección de un presunto usuario infractor los usuarios necesitan la colaboración de los proveedores de conexión de Internet ^{1313 1314} .

Por tanto, las circunstancias en las que se gestó el límite de copia analógica, y las circunstancias existentes en la actualidad en las que se desarrolla el límite de copia privada digital son radicalmente distintas. Tal y como señala CARBAJO CASCÓN, con el advenimiento de la tecnología digital *“la copia privada se sitúa en el ojo del huracán de las polémicas relaciones entre Derecho y tecnología: y en el terreno concreto de la propiedad intelectual, en el centro de la encrucijada que constituye el delicado equilibrio entre los derechos exclusivos y sus límites o excepciones materiales o de contenido”* ¹³¹⁵ .

Existe además otro problema bastante novedoso. El profesor CARBAJO GASCÓN nos advertía de que el Derecho de Autor en España se enfrentaba a una encrucijada: las alternativas eran prohibir radicalmente la copia privada para medios digitales, puesto que dadas las características ya explicadas de la copia digital (posibilidad de realización de sucesivas copias perfectas *“ad infinitum”*, facilísima transmisibilidad de tales copias a través de la Red) la copia privada digital desvirtúa sustancialmente el mercado para las obras de creación, o la reducción de estos efectos a través del canon digital. Los poderes públicos en España, como hemos visto, ahondaron en esta segunda alternativa, mirando para otro lado en cuanto a la realización masiva de copias no autorizadas por parte de los usuarios, y en cuanto a la aparición y desarrollo de un mercado paralelo

¹³¹³ Como ya hemos visto, El TJUE dictó una sentencia sobre el particular, fallando que los proveedores de servicio de Internet no están obligados a desvelar qué usuario se oculta tras una dirección IP. Sentencia del TJUE de 29 de enero de 2008, en el litigio que enfrentó a Productores de Música de España (de aquí en adelante PROMUSICAE, contra la operadora de telefonía e Internet Telefónica de España S.A.U.

¹³¹⁴ Existe un caso novísimo, en el que la Audiencia Provincial de Barcelona mediante Sentencia, ordenó a la prestataria de servicios de conexión de Red gallega R a cortar el acceso de un usuario que había realizado actos de reproducción no autorizada de manera masiva (sin duda fijándose en el Informe del Pleno de Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley De Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, y de la Ley 1/2000, de 7 De Enero, de Enjuiciamiento Civil de 25 de julio de 2013). La Operadora se negó a acatar la orden, aduciendo que no podía conocer la identidad real del usuario. Ver. ROMERO, PABLO, *Una sentencia obliga al operador R a cortar el acceso de un usuario de P2P por infringir derechos de autor*, Diario El Mundo, 20 de enero de 2014, disponible en <http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/01/20/52dcfc3cca4741ce548b4577.html>, (Consultado por última vez el 22 de enero de 2014), y ROMERO, PABLO, *La operadora R se niega a desconectar al internauta por compartir vía P2P*, Diario El Mundo, 20 de enero de 2014, Disponible en <http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/01/22/52df8b94ca4741e1708b456a.html>, (Consultado por última vez el 22 de enero de 2014).

¹³¹⁵ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág 46.

ilícito de comunicación y puesta a disposición de obras de creación a través de la Red, intentando compensar a los titulares de derechos a través de un canon digital indiscriminado. Este sistema muta totalmente por la decisión del Gobierno de España de eliminar el canon digital y al tiempo de la redacción de este trabajo, ya estaban apareciendo las primeras quejas (justas) no sólo por la eliminación del canon ¹³¹⁶, sino por la situación de hecho derivada del sistema resultante que:

(a) Resulta injusto para los ciudadanos, puesto que al pasar la compensación equitativa a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, se grava a todos ellos sin excepción en lugar de solamente a aquellos que hubieran efectivamente realizado una copia privada, mientras que en anterior sistema se gravaba a los usuarios que adquirieran aparatos o soportes que fueran susceptibles de ser utilizados en la realización de una copia privada. En realidad la asunción de este gravamen por parte de los ciudadanos es sólo indirecta, y perfectamente constitucional de acuerdo a los artículos 134 y 131 de la CE: de manera formal de acuerdo al artículo 134 que otorga al Gobierno de España la potestad de elaborar anualmente los Presupuestos Generales del Estado, y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación; y de manera material conforme al artículo 131, la potestad de “*planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas*”. En cuanto a la “*ratio legis*” de esta medida, la asunción por el Gobierno de la compensación equitativa resulta una vez eliminada la tasa sobre equipos soportes la única manera de mantener el límite de copia privada, pues éste depende de acuerdo con el derecho comunitario de la existencia de una necesaria compensación equitativa correlativa al ejercicio del límite (otra cosa es el ámbito o de aplicación del límite, y si la compensación equitativa compensa los titulares de derecho de manera efectiva en cuanto a su cuantía). Es decir, que si el Gobierno una vez eliminada la tasa o canon digital no hubiera asumido la compensación equitativa habría indefectiblemente tenido que eliminar el límite de copia privada de la LPI. La solución adoptada por el Gobierno, tal y como veremos, resulta cuando menos discutible (y así lo entiende el CGPJ, que la ha criticado en un Informe), pues consiste en restringir el límite por un lado, y en vaciar de contenido la compensación

¹³¹⁶ Las Entidades de gestión denuncian en Bruselas la eliminación del canon digital

¹³¹⁶ *Las Entidades de gestión denuncian en Bruselas la eliminación del canon digital*, Diario El Mundo, 3 de agosto de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/08/03/navegante/1343995781.html>. (consultado por última vez el 4 de agosto de 2012)

equitativa por el otro considerando los limitados supuestos que se permitirán tras la reforma planteada de la LPI como “*perjuicio mínimo*”, que no da lugar a compensación. Para esto, sostengo resulta mejor eliminar totalmente el límite de copia privada en el ámbito digital.

(b) Resulta injusto para los titulares de derechos, puesto que la concepción del límite de copia privada que sigue vigente ¹³¹⁷ en la LPI, como hemos visto, legaliza de hecho la piratería. Simultáneamente el montante total de la compensación equitativa que ha de ser repartida por las Entidades de gestión Colectiva entre los titulares de derechos sobre obras de creación (si el Gobierno cumple su compromiso) ha disminuido de 140 millones de euros recaudados con el antiguo canon a los cinco que ha repartido el Gobierno en el año 2012, lo que a todas luces, y de hecho, no resulta una compensación suficiente por el expolio al que están sometidos los autores, y tanto formal como materialmente tampoco resulta una compensación suficiente dada la amplitud de supuestos de reproducción a que habilita una interpretación expansiva del ya de por sí elástico artículo 31.2 de la LPI. Esta situación a mi juicio constituye una expropiación no compensada a los titulares de derechos de propiedad intelectual, amén de un incumplimiento claro de la DDASI que como hemos visto exige que si existe un límite de copia privada en un Estado Miembro de la UE ha de existir una correlativa (y adecuada) compensación equitativa ¹³¹⁸. Como veremos, la reforma de la LPI planteada también ofrece ciertas dudas en este supuesto.

Llegados a este punto de este trabajo, llega por fin el momento de analizar en profundidad el límite de copia privada, haciendo en primer lugar un breve recorrido por su historia, y analizando posteriormente su concepto, su fundamento, y muy especialmente sus elementos, tal y como se conciben estos en el derecho español.

¹³¹⁷ A 4 de abril de 2013, fecha en que reviso estas líneas, aunque ya existe un Anteproyecto de Ley aprobado en por el Gobierno en Consejo de Ministros que restringe enormemente el límite de copia privada. A 24 de abril de 2014, fecha en que realizo mi revisión final, el Anteproyecto ya se ha convertido en Proyecto de Ley.

¹³¹⁸ Autores como LÓPEZ RICHART consideran acertadamente que dentro de la “*solución flexible*” de la DDASI, existen dos requisitos o elementos irrenunciables que necesariamente han de estar presentes en la regulación de sobre copia privada que se haga por parte de los Estados miembros: (a) Ha de tratarse de copias realizadas por una persona física; y (b) existe la necesidad de que el legislador nacional prevé a un sistema para que los titulares de derechos reciban una compensación equitativa. V. LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

1. **Breve historia de su desarrollo legislativo.**

El límite de copia privada, tal y como lo conocemos hoy, tiene su origen en la Alemania de los años 60, y surge como respuesta a la gran popularización de copias domésticas analógicas de fonogramas realizadas por los usuarios utilizando grabadores de cintas magnéticas o casetes. CHRISTIE y GAITA nos explican que el antecedente primero de Ley de Derecho de Autor Alemana de 1965, fechada en 1901, permitía expresamente “*la reproducción para uso privado...en casos donde el fin no fuera percibir ingresos por cuenta de la obra*” ¹³¹⁹ . Evidentemente el método de copia del que hablaba este artículo era uno predominantemente manual. El Proyecto de Ley de Derecho de Autor alemana de 1954 se leía en su artículo 47 de la siguiente manera:

“(1) A toda persona se le permite realizar, o que les sean realizadas, cuando no se les cobre por tal servicio, reproducciones individuales de una obra para uso privado. El uso privado no comprende el uso para fines laborales o comerciales.

(2) A toda persona se le permite realizar, o que les sean realizadas, cuando no se les cobre por tal servicio, reproducciones individuales de una obra para uso privado, con la excepción de las obras audiovisuales;

1. Cuando la reproducción se lleve a cabo a mano o por medio de la tipografía;

2. Cuando la obra en cuestión no se halle publicada ni impresa;

3. Cuando se trate de pequeñas partes de una obra, o de un trabajo literario, que se hayan publicado en un periódico o en una revista.

(3) Las reproducciones no se publicarán o utilizarán para conferencias, ejecuciones, presentaciones, o emisiones [radiofónicas].

¹³¹⁹ “*Copying for private use...in cases where the purpose [was] not to gain income from the work*” CHRISTIE, ANDREW y GAITA, KATERINA, *Principles or Compromise: Understanding the Original Thinking Behind Statutory Licensing and Levy Schemes for Private Copying*, Intellectual Property Institute of Australia, Melbourne, 2004. Pág. 5. (Traducción del autor)

(4) *La implementación de planes o diseños de obras visuales, y la reproducción de una obra arquitectónica, siempre se permite sin el consentimiento de la persona autorizada*”

1320 .

Además la Ley explicaba en su Exposición de Motivos que el hacer efectiva una norma en contra de la copia privada hubiera resultado imposible, puesto que hubiera ido en contra del artículo 13 de la Constitución alemana, que era y es taxativa en cuanto a la inviolabilidad del domicilio y el derecho casi absoluto de los ciudadanos a la privacidad, que se manifiesta de forma inexorable en todos los países democráticos. No obstante, esta norma fue muy criticada porque no regulaba el problema ya existente, puesto que ya se habían comercializado las cintas y las grabadoras de casete, de la grabación doméstica no comercial de fonogramas ¹³²¹ .

Como ocurriría más tarde en los EE.UU. con SONY y el video-casete, la Sociedad de Gestión Alemana de Intérpretes y Ejecutantes y de Derechos de Reproducción Mecánicos (en adelante GEMA ¹³²²), demandó al fabricante de aparatos de grabación y cintas de casete GRUNDIG ¹³²³ . La demanda de GEMA argumentaba que aunque GRUNDIG no infringía directamente los derechos de reproducción, *“GRUNDIG comprometía los derechos exclusivos de los miembros de GEMA, vendiendo grabadoras de casete y publicitando su aptitud para grabar discos [analógicos de vinilo], y proveyendo con instrucciones explícitas sobre como grabar fonogramas y emisiones radiofónicas, sin advertir a sus consumidores de la ley existente con respecto a la reproducción de obras sujetas a derechos de autor, y de su responsabilidad con respecto a los derechos exclusivos de los titulares de derechos de autor”* ¹³²⁴ . En su defensa, GRUNDIG alegó ambos los

¹³²⁰ “(1) Every person is permitted to make, or have made, where free of charge, individual copies of a work for private use. Private use does not include use for job-related or commercial purposes.

(2) Every person is permitted to make, or have made, individual copies of a work for private use, with the exception of audiovisual artworks;

1. when the copy is undertaken by hand or with a typewriter;

2. when the work concerned is not published or not in print;

3. when small parts of a work, or an essay that have been published in the newspaper or magazines are concerned.

(3) The copies shall not be published or used for public lectures, performances, presentations, or broadcasts.

(4) The implementation of plans or designs of visual artwork, and the reproduction of an architectural work, is always only permissible with the consent of the authorized person”. CHRISTIE, ANDREW y GAITA, KATERINA, Op. Cit. Traducción del alemán al inglés de Sarah Moritz. (Traducción desde esta fuente del Autor).

¹³²¹ Ídem. Pág. 6.

¹³²² Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte.

¹³²³ Gema v. Grundig 1 ZR 8/54, 17 BGHZ 266, 271–2 [1955] GRUR 492. (en adelante GRUNDIG)

¹³²⁴ “Grundig jeopardized GEMA’s members exclusive rights by selling tape recorders and advertising their suitability for taping records and for providing explicit instructions on how to tape phonorecords and radio broadcasts, without

señalados artículos 15.2 de la Ley de 1901, y el 47 de la Propuesta de Ley de 1954, en el sentido que los actos realizados por el aparato de grabación estaban cubiertos por el límite de copia privada. En concreto que “*los derechos del autor nunca deben trascender los intereses del individuo en mantener su esfera privada libre de demandas amparadas en la Ley de Derecho de Autor*”¹³²⁵.

La decisión del tribunal en GRUNDIG se puede resumir en los siguientes puntos: (1) En la cuestión de si los actos de reproducción de fonogramas mediante grabadoras de casete se pudieran subsumir en el ámbito de aplicación del artículo 15.2 de la Ley de 1901, el Tribunal Supremo alemán consideró que aunque en principio estos actos sí resultaban potencialmente subsumibles en los supuestos de hecho regulados por el artículo, este estaba originariamente pensado para regular una situación objetiva diferente. El fin del artículo 15.2 de la Ley de 1901 era proteger a una clase de sujetos muy concreta: los músicos en una situación económica precaria, para que estos pudieran transcribir partituras sin coste (a mano, se entiende). El Tribunal razonó que este fin de la norma no resultaba aplicable a la grabación doméstica de casetes, puesto que el elevado precio de las grabadoras de casete hacía que a sus potenciales usuarios se les presumiera un cierto nivel adquisitivo que les diferenciaba de los beneficiarios del límite del artículo 15.2, y que además estos usuarios no necesitaban poseer ningún tipo de conocimiento musical para ejecutar los actos de reproducción doméstica con una grabadora de casetes (simplemente tenían que apretar un botón)¹³²⁶.

Cuando en el párrafo anterior he dicho “*límite del artículo 15.2*”, lo he hecho con pleno conocimiento de causa, ya que el Tribunal Supremo alemán también se preguntó en su examen del artículo 15.2 si se encontraba ante un límite de derecho positivo al Derecho de Autor, o si por el contrario ante un límite intrínseco del mismo; es decir, si el artículo 15.2 significaba que tales actos quedaban fuera del ámbito de actuación del Derecho de Autor, del mismo modo en que por ejemplo lo están las ideas, o si por el contrario, ausente una limitación legal, estos actos estaban comprendidos dentro de los derechos de explotación reconocidos por el Derecho de Autor. El

advising costumers of the law regarding the copying of copyright works and of their responsibility to observe the exclusive rights of copyright owners” CHRISTIE, ANDREW y GAITA, KATERINA, Op. Cit. Pág. 6. (Traducción del autor).

¹³²⁵ “*The rights of the author must never transcend the individual’s interest in keeping his private sphere free from claims under the copyright act*” Ídem.

¹³²⁶ Ídem. Pág 8.

Tribunal se inclinó por considerar estos actos como una limitación legal, puesto que en su opinión, considerar que estos actos quedaban fuera del ámbito de actuación del Derecho de Autor resultaría un principio demasiado radical para ser deducido lógicamente del articulado de la Ley ¹³²⁷ . El Tribunal basó su decisión en que incluso en la privacidad del hogar nadie puede dañar los derechos morales del autor, y que además el autor en casos como este no pierde su derecho a ser compensado económicamente por su trabajo. Concretamente el Tribunal señaló lo siguiente:

“Si fuera cierto que de acuerdo a la idea que fundamenta el Derecho de Autor, la esfera privada constituye una barrera infranqueable para los derechos del autor...los autores de todo tipo de obras, las cuales han sido creadas fundamentalmente para su disfrute en el ámbito privado,...no podrían derivar virtualmente ningún fruto de su trabajo, tan pronto como la tecnología hiciera posible para el individuo el producir unidades de obras [de alta calidad ¹³²⁸] en el ámbito doméstico sin [incurrir en] costes ni esfuerzo relevante...Esta consideración por sí misma es irreconciliable con los principios del Derecho de Autor al asumir que la protección de la esfera privada simplemente prohíbe el pago al autor acumulado por mor de su creación cuando el uso de la obra en cuestión sucede en la esfera privada” ¹³²⁹ .

El resultado final de GRUNDIG fue que el Tribunal prohibió a esta empresa la comercialización de sus aparatos, sin añadir en estos de forma visible una advertencia que informara a los consumidores de que podrían estar incurriendo en la infracción de los derechos de explotación sobre obras sujetas al Derecho de Autor. No obstante, debido a razones de seguridad jurídica, dado que la Ley resultaba bastante vaga con respecto a esta nueva situación de hecho, el Tribunal

¹³²⁷ Ídem. Pág. 7.

¹³²⁸ El inserto no es mío.

¹³²⁹ “Were it to be true that, according to the fundamental idea of copyright law, the private sphere constitutes an unsurpassable barrier for the author’s rights...authors of all works, which are predominantly created for the enjoyment in the private realm,...could derive virtually no economic fruits from their labours, as soon as the technology makes it possible for the individual to produce [high quality] units of work in the domestic realm without particular costs and effort...This consideration alone shows that is irreconcilable with copyright law principles to assume that the protection of the private sphere plainly prohibits payment for his creation from accruing to the author when the use of the work happens in the private sphere.” GRUNDIG, Pág. 236. Referenciado en CHRISTIE, ANDREW y GAITA, KATERINA, Op. Cit. Pág. 7; que a su vez toma la citación, tal y como está editada de SEEMAN, ERNEST, *Sound and Video Recording and the Copyright Law: The German Approach*, Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, Vol. 2, Pag. 225. (1983) (Traducción del autor).

Supremo de Alemania eximió a GRUNDIG de indemnizar a la Entidad de Gestión de Derechos demandante ¹³³⁰ .

Tras el caso GRUNDIG, la compañía de electrodomésticos simplemente se limitó a no promocionar su grabadoras de casete como aparatos idóneos para grabar fonogramas; es decir, a eliminar su publicidad activa de la característica de idoneidad para reproducción, sin incluir un aviso legal a sus consumidores en el sentido de advertirles que estos se deberían abstener de utilizar los aparatos para usos ilícitos, que es lo que se denominaba como “*aviso legal GEMA*”. GEMA demandó de nuevo, y el Tribunal Supremo Alemán en su decisión explícitamente señaló que la “*publicidad neutral*” ¹³³¹ no era suficiente para escapar a la responsabilidad de una infracción del Derecho de Autor. GEMA demandó posteriormente a los productores y vendedores al por menor de soportes analógicos vírgenes de grabación, o casetes. CHRISTIE y GAITA señalan que lo que GEMA perseguía con esta campaña de demandas no era otra cosa que presionar para que los usuarios pagaran una cuota anual como compensación por las grabaciones realizadas en el ámbito doméstico, aunque finalmente la entidad de gestión alemana no consiguió su objetivo ¹³³² .

Tras su fracaso en la consecución de la tasa anual, GEMA intentó en 1964 una nueva estrategia, utilizando asimismo la vía judicial, presentando una demanda en la que pretendía que se obligara a los vendedores al por menor de aparatos de grabación de casetes a vender estos aparatos únicamente a los consumidores que presentaran un instrumento de identificación en la tienda (carné de identidad o similar), y que contrataran una licencia con GEMA ¹³³³ . El Tribunal decidió en contra de la petición de GEMA ¹³³⁴ , por dos motivos: (1) En opinión del Tribunal quedaba fuera de lo razonable que GEMA impusiera tal condición suspensiva o inicial a los consumidores para adquirir equipos de grabación bajo el manto jurídico de los derechos de autor; y (2) Incluso, si los derechos de autor gozaran del alcance jurídico suficiente, existiría una imposibilidad de control por parte de la Entidad de Gestión (como representante de los autores y el resto de titulares de derechos de explotación sobre una obra) sobre el cumplimiento de la hipotética licencia, ya que esto significaría que GEMA hubiera tenido que ser capaz de supervisar los actos de grabación y

¹³³⁰ Ídem. Pág. 8.

¹³³¹ “*Neutral advertising*”. Decisión de 22 de enero de 1960. GRUR 1960, 340.

¹³³² CHRISTIE, ANDREW y GAITA, KATERINA, Op. Cit. Pág. 9.

¹³³³ Ídem.

¹³³⁴ Decisión del Tribunal Supremo de Alemania de 29 de mayo de 1964, BGHZ 42, 118, GRUR 1965 104.

reproducción realizados por los consumidores en la santidad de su hogar, lo cual resultaba imposible por mor del anteriormente mencionado artículo 13 de la Constitución alemana, que consagraba la inviolabilidad del domicilio ¹³³⁵ .

No obstante, según nos explican CHRISTIE y GAITA en su excelente trabajo, esta decisión judicial constituyó el germen del límite de copia privada y su correspondiente compensación equitativa tal y como las entendemos hoy, ya que el Tribunal Supremo Alemán sugirió una vía alternativa para que los titulares de derecho fueran compensados por los actos de reproducción no autorizados y, dada la “*arquitectura de las cosas*” en este momento, incontrolable. El Tribunal apuntó que los fabricantes de aparatos de grabación de fonogramas podrían ser responsables derivados de los actos ilícitos realizados por los usuarios en contra de los derechos de autor, cuando “*intencionadamente instigaran y asistieran a sus clientes a infringir el Derecho de Autor*” ¹³³⁶ . Por tanto, si los fabricantes de equipos de grabación fueren considerados responsables derivados ante la Ley, GEMA gozaría de fuerza contractual para negociar con ellos un sistema de licencias a cambio de una compensación económica, compensación que de todas formas se repercutiría finalmente a los usuarios. Este es el germen real de la compensación equitativa o canon digital, que posteriormente recogería la legislación alemana, internacional, comunitaria, y, hasta hace muy poco, española. Es por ello también que la compensación equitativa es un elemento inexcusable e inseparable del límite de copia privada.

Simultáneamente a los hechos descritos en el párrafo anterior, ocurridos en el ámbito jurisprudencial alemán, en el ámbito del poder legislativo también se estaba intentando dar una solución al problema de la copia doméstica de fonogramas. En 1962 se presentó un Proyecto de Ley que adolecía de los mismos defectos señalados anteriormente, ya que como ni los productores, ni los comerciantes al por menor de equipos de grabación realizaban directamente grabaciones de fonogramas, no se les podía inferir una responsabilidad directa en la realización de actos no autorizados de reproducción de fonogramas. Por ello, si no realizaban tales actos ilícitos directamente, no se les podía convertir en sujetos pasivos de una licencia legal para realizar tales actos, ni tampoco evidentemente a compensar a los titulares de derechos por su realización.

¹³³⁵ Ídem. Referenciando la Decisión del Tribunal Supremo de Alemania de 29 de mayo de 1964, BGHZ 42, 118, GRUR 1965 104.

¹³³⁶ “...*knowingly aided and abetted their costumers’ infringement of copyright*”. Ídem. Pág. 10.

No obstante, la sugerencia del Tribunal Supremo abrió una nueva vía de trabajo, que fue rápidamente adoptada por el poder legislativo, y en 1964 el Comité de Justicia del Parlamento Alemán “*propuso que se impusiera un canon sobre los productores de los equipos de grabación, los cuales “se estaban aprovechando de la popularidad de las grabaciones domésticas” y las instigaban y asistían. Al exponer las razones para su propuesta, el Comité reconoció la imposibilidad de hacer cumplir las demandas sobre los individuos que realizaran grabaciones domésticas, y apuntó que el cargo pecuniario que imponía el canon acabaría repercutiéndose sobre los consumidores de todas maneras*”¹³³⁷. Así, se logró la cuadratura del círculo: (a) se hacía responsables derivativos de los actos ilícitos de reproducción realizados por los usuarios a los fabricantes, a quienes sí que se podía aplicar una tasa y obligar legalmente a ser sujetos pasivos de la licencia impuesta por la norma, puesto que bajo esta construcción jurídica sí que eran responsables (aunque como hemos señalado más arriba en grado secundario o derivativo); y (b) se repercutía por la vía del hecho esta tasa o canon a los responsables directos de los actos de reproducción no autorizada y por tanto ilícita, respetando así su derecho a la intimidad y de inviolabilidad de su domicilio. Esta es la base lógica y el fundamento jurídico del artículo 53 de la Ley de Derecho de Autor alemana de 1965, en la que por primera vez se autoriza el límite de copia privada al derecho de reproducción tal como lo entendemos hoy, compensando las pérdidas ocasionadas por este límite a los titulares de derechos mediante un sistema de compensación equitativa. Este sistema, con alguna modificación, continúa vigente hasta hoy, y lo retomaremos cuando estudiemos el modelo de copia privada alemán unas páginas más adelante.

El sistema alemán de copia privada se extendió pronto a los tratados internacionales. SUN nos explica que el Comité de Expertos Gubernamentales en el seno de la Revisión del CB de 1967, propuso el siguiente texto para el artículo relativo al límite:

¹³³⁷ “...proposed that a levy be imposed upon producers of recording equipment, who “took express advantage of the popularity of home taping” and aided and abetted it. When stating the reasons for its proposal, the Committee recognized the impossibility of enforcing individual claims against private home copying and noted that it assumed the charge imposed by the levy would ultimately be passed on to consumers anyway”. Idem. La cita dentro de la cita está tomada de REIMBOTHE, JORG, *Compensation for Private Taping Under Sec. 53(5) of the German Copyright Act*. International Review of Industrial Property and Copyright Law, Vol. 12, Pág. 36. (Traducción del autor).

“(1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por esta Convención tendrán el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de tales obras, de cualquier forma o manera.

(2) Será una cuestión para la legislación de los países de la Unión permitir la reproducción de tales obras

(a) para uso privado.

(b) para propósitos judiciales o administrativos.

(c) en ciertos casos particulares donde la reproducción no resulta contraria a los legítimos intereses del autor y no entra en conflicto con la normal explotación de la obra” ¹³³⁸ .

Lo que esta redacción significaba era que se dejaba a la potestad de los Estados miembros del CB la decisión sobre la adopción o no de la limitación para uso privado, amén de la extensión que quisieran estos Estados de adoptarlo en sus legislaciones otorgar al límite. Hay que señalar que si se hubiera regulado el límite de copia privada en apartado distinto de la “*regla de los tres pasos*”, se hubiera dejado el tema del uso privado fuera de la sujeción a la interpretación de su validez a través de la regla, lo cual nos indica el interés demostrado en que el CB condicionara expresamente la validez del uno a la otra. La propuesta de inclusión del límite de copia privada en el CB dio lugar a un intenso debate en el marco del Convenio de Estocolmo (en que se revisaba el propio CB), en el que (según nos explica SUN ¹³³⁹) las posiciones en liza desplegadas con respecto a la extensión del límite eran básicamente tres:

(1) La de restringir las limitaciones propuestas en el propio texto del articulado. En este sentido la delegación francesa propuso sustituir el término “*uso privado*”, por “*uso individual o familiar*”. Esta es la propuesta que tendría más sentido incluso en nuestros

¹³³⁸ “(1) Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.

(2) “It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works

(a) for private use;

(b) for judicial or administrative purposes;

(c) in certain particular cases where the reproduction is not contrary to the legitimate interests of the author and does not conflict with a normal exploitation of the work.”

OMPI, *Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, OMPI Doc. SCCR/9/7 (Apr. 5, 2003), Pág 112. Referenciado en SUN, HACHOEN, *Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law*, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 5, 2007. Pág 272. (Traducción del autor).

¹³³⁹ Ídem.

días. No sorprendentemente, esta propuesta fue respaldada por un gran número de delegaciones, muchas de ellas dotadas de un sistema de derecho civil, y con un peso importante en términos de la tradición e importancia de su doctrina jurídica. Entre estos países se encontraban Alemania, Italia, y Holanda ¹³⁴⁰.

(2) La de expandir el ámbito de las limitaciones. Esta posición se sostuvo principalmente por países en vías de desarrollo, que estaban interesados en implantar licencias obligatorias sobre los usos de una obra. Eran países partidarios de limitar ostensiblemente los derechos de propiedad intelectual en aras del “*interés público*”; es decir, de no respetarlos en la práctica.

(3) El de eliminar la lista de excepciones, y en su lugar adoptar un test o regla de interpretación para dilucidar su validez en contraposición a los intereses de los titulares de derechos sobre la obra. Esta es la posición lógica de los países con tradición de derecho consuetudinario, y por tanto de “*fair use*” o “*fair dealing*”. Tampoco resulta sorprendente por lo tanto, que esta fuera la postura defendida por el Reino Unido ¹³⁴¹. Como sabemos, esta es la postura que terminó inspirando el artículo 9.2 de la CB.

Por tanto, ya desde sus orígenes en la era analógica, se ha contemplado con desconfianza por muchos legisladores el término “*uso privado*”, principalmente por su patente ambigüedad en cuanto a la extensión que abarcare el ámbito de uso privado un usuario.

2. Concepto

Realiza una muy atinada observación el profesor LÓPEZ MAZA cuando nos recuerda que ni el artículo 5.2. (b) de la DDASI, ni el artículo 31.2 de la LPI contienen un concepto o definición de copia privada ¹³⁴². GONZÁLEZ DE ALAIZA, sobre este particular, entiende que la tarea de dar una definición del límite de copia privada se encuentra abocada al fracaso, puesto que sólo se

¹³⁴⁰ Ídem.

¹³⁴¹ Los EE.UU. no se convirtieron en miembros del CB hasta 1988.

¹³⁴² LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág 185.

conseguirá entender este límite a través del estudio pormenorizado de sus distintos elementos ¹³⁴³, opinión que comparto y por ello la parte final de este trabajo se dedica a analizarlos. No obstante, existe un problema adicional, y es que dichos elementos, tal y como veremos asimismo en su momento, a su vez se encuentran redactados en la LPI de forma bastante indeterminada, ambigua y confusa. GARROTE, por su parte, señala con acierto que cuando hablamos de “*copia privada*” estamos hablando en realidad de “*reproducciones para uso privado de una persona física*”, y que la razón de que se use mayoritariamente la expresión “*copia privada*” es debido a su mayor brevedad ¹³⁴⁴. Este autor, aunque la relega a un pie de página, lo que da una idea de su propio convencimiento de la poca importancia que tiene dar una definición del límite sin considerar pormenorizadamente sus elementos, se anima a dar su definición del límite de copia privada:

“Se llaman copias privadas a las reproducciones que los particulares hacen de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual (la fotocopia de un libro, la grabación en video de una película) para destinarlas a un uso personal o no comercial. Dichas reproducciones, de modo excepcional, no tienen que estar autorizadas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual si se ajustan a las condiciones previstas en el artículo 31.2. de la LPI, recientemente reformada por la Ley 23/2006” ¹³⁴⁵.

Por tanto, GARROTE nos da una definición fuertemente anclada en el Derecho positivo vigente, y que subraya los elementos de no comercialidad del uso y de destino para uso personal de la obra en el ámbito del límite de copia privada, además de la excepcionalidad de la aplicación del límite; lo cual tiene sentido de acuerdo a las normas internacionales (y de la propia LPI) sobre la sujeción del el límite de copia privada a la “*regla de los tres pasos*”.

Por su parte, GONZÁLEZ DE ALAIZA, aunque como hemos dicho defiende que resulta imposible formular un concepto preciso del límite de copia privada sin considerar de manera individualizada sus elementos, recoge una definición clásica del concepto realizada por LIPSZYC:

¹³⁴³ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág 112.

¹³⁴⁴ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Nota nº 2.

¹³⁴⁵ Ídem.

“La copia privada es una reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos, o de determinadas obras aisladas protegidas por el Derecho de Autor incluidas en un volumen (revistas, diarios, etc.) exclusivamente para uso personal del copista (por ejemplo, para estudio, docencia, esparcimiento)”^{1346 1347}.

La aportación de LÓPEZ MAZA goza de la gran ventaja de que diferencia los conceptos de copia privada y copia privada digital. Evidentemente el límite de copia privada ha experimentado una evolución importante paralelamente al avance de la tecnología. Consecuentemente, LÓPEZ MAZA nos recuerda que en un principio los únicos medios para realizar una copia privada de que disponía un usuario eran la copia manual, y posteriormente la reprografía. Posteriormente aparecieron los métodos de reproducción analógicos¹³⁴⁸, en los que el límite de copia privada se aplicaba a las reproducciones domésticas efectuadas en cintas de audio y video¹³⁴⁹. Así, la definición de copia privada que nos da LÓPEZ MAZA es la siguiente:

*“Copia privada es aquella reproducción que un particular puede hacer, siempre y cuando la destine a un uso privado, no colectivo ni comercial. Para la realización de este tipo de copias no será necesaria la autorización del titular del derecho de reproducción”*¹³⁵⁰.

Esta (como la definición de la LPI) quizá sea una definición demasiado genérica y susceptible de una interpretación extensiva desmesurada. Para LÓPEZ MAZA, la definición de copia privada digital se leería así:

“[El límite de copia privada digital es] aquella reproducción permanente que se efectúa y queda plasmada en un soporte digital, sea tangible (CD, Disquete, etc.) o intangible (disco duro de un ordenador), siempre que cumpla con los requisitos legales (uso privado del

¹³⁴⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 112. Referenciando a LIPSZYC, DELIA, *Derecho de Autor y derechos conexos*, 1.ª Ed. Buenos Aires, 1993, Pág. 222.

¹³⁴⁷ LIPSZYC nos habla así de “*exclusivo uso personal*”, y por tanto realiza una definición clásica (y por tanto restrictiva) del límite.

¹³⁴⁸ Básicamente, los medios de reproducción analógicos son aquellos en los que la información se reproduce de forma continua. Por ejemplo una cinta de casete o de VHS reproducen y copian el contenido a través de un lector que lee la información contenida en la cinta de forma continua, al leer la propia cinta. Por tanto, esta información no es maleable ni fácilmente separable de su soporte. Asimismo, para ver el principio de una película que se haya fijado en una cinta de VHS, deberemos rebobinar la cinta, es decir retrasarla a su principio, de forma más veloz, sí, pero continua.

¹³⁴⁹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, Op. Cit. Pág 185.

¹³⁵⁰ Ídem.

copista, no utilización colectiva ni lucrativa, y acceso legal a la obra o prestación objeto de copia)” ¹³⁵¹.

Sin embargo, esta definición también se halla anclada en los requisitos legales del límite, lo que nos vuelve a demostrar la dificultad de su determinación conceptual. Además, sigue sin delimitar con claridad lo que sea uso privado, acceso legal, ni utilización colectiva o lucrativa; conceptos todos ellos cuya delimitación conceptual precisa no resulta sencilla de delinear en el ámbito digital. CARBAJO GASCÓN, a su vez, nos da su definición de copia privada digital:

“Por copia privada digital en sentido estricto debemos entender aquellas reproducciones permanentes de una obra o prestación digitalizada realizadas para uso exclusivamente privado por un usuario particular en un soporte electrónico tangible (disquete, CD-R), o intangible (disco duro de equipo informático) a partir de una reproducción provisional o permanente anterior autorizada de forma expresa o implícita por el titular o derechohabiente” ¹³⁵².

Esta parece ser una definición más feliz, puesto que incide en algunos de los puntos más problemáticos. Por ejemplo, habla de *“uso exclusivamente privado por un usuario particular”*, lo que excluye las personas jurídicas y a las personas físicas en su ámbito profesional. También incide este autor en que la copia privada se haga *“a partir de una reproducción provisional o permanente anterior autorizada de forma expresa o implícita por el titular o derechohabiente”*, lo cual ilumina considerablemente el elemento de *“acceso legal”* recogido en la LPI con respecto a su comprensión.

Hay que señalar que si hubiera fructificado la reforma operada en el límite de copia privada por parte del AMLPI 2013, y (aunque en menor medida, ya que la reforma es menos radical) si fructifica la del PMLPI 2014, la definición que más se ajustaría la realidad sería (con algunas mínimas modificaciones realizadas por el mí), la que proponía SÁNCHEZ ARISTI (curiosamente, no como definición en sí). La definición de SÁNCHEZ ARISTI tras la inclusión de mis modestas aportaciones quedaría como sigue:

¹³⁵¹ Ídem. Pág 186.

¹³⁵² CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», Revista de Derecho y Nuevas tecnologías, núm. 2, 2003. Pág. 54.

Entendemos por copia privada exclusivamente la realizada por una persona física con el objeto de utilizarla en su ámbito estrictamente privado, de una copia lícita de la obra por razón de su adquisición por parte del usuario mediante compraventa comercial, o por la reproducción por parte del usuario de la comunicación radiodifundida de la obra realizada por este con vocación de temporalidad. La copia privada se practica con el objeto exclusivo de que el usuario cubra para sí algunas utilidades no comerciales de la obra: tales como cuando el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un día y una hora determinados, la reproduce en un soporte virgen para poder disfrutarla de momento posterior; cuando el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un espacio determinado, la reproduce para poder disfrutarla en otro lugar; o cuando el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un formato determinado, la graba en otro formato para poder emplearla un equipo diferente. Toda concepción del límite de copia privada que sobrepase el ámbito de actuación referido, no es en puridad una copia privada, aunque se denomine así por parte del Legislador^{1353 1354 1355}.

¹³⁵³ El impagable párrafo del Profesor SÁNCHEZ ARISTI que me ha servido como base de esta definición es el siguiente: “*Se trata pues de la copia hecha en el ámbito doméstico para cubrir algunas utilidades no comerciales, tales como el “time-shifting” (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un día y hora determinados, la graban en un soporte virgen para poder disfrutarla de momento posterior), el “space-shifting” (el usuario que dispone lícitamente un soporte de la obra o prestación en un espacio determinado, la graba para poder disfrutarla en otro lugar), el “device-shifting” (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un formato determinado, la graba en otro formato para poder emplearlo en un equipo diferente), o el “sampling” (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación la graba a modo de muestra que ofrecer a alguna persona de su entorno privado)*”. SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 12.

¹³⁵⁴ Las modificaciones que ha realizado el párrafo de SÁNCHEZ ARISTI se aprecian en la nueva redacción del artículo 31.2 de la LPI (que añade un nuevo punto 3 al artículo 31) tal y como se recogía en el AMLPI 2013. Esta nueva redacción era la siguiente:

“2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

a) *Que se lleve a cabo por una persona física para su uso privado, no profesional ni empresarial.*
b) *Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente. A estos efectos, se entenderá que ha accedido legalmente a la obra divulgada únicamente los siguientes supuestos:*

1º. *Cuando se realice la reproducción a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial.*

2º. *Cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno.*

c) *Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa.*

3. *Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:*

a) *Las obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija.*

b) *Las bases de datos electrónicas.*

c) *Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99”.*

3. Fundamento.

Como se puede deducir con facilidad desde la historia del surgimiento del límite de copia privada en Alemania durante los años 60, los fundamentos o “*ratio legis*” del límite eran y son esencialmente dos: a) el fundamento economicista, que basa la existencia del límite en la existencia de un “fallo de mercado” que el límite vendría a solucionar; y b) el que podríamos llamar fundamento basado en la jerarquía axiológica jurídica, que funda dicha existencia en una imposibilidad práctica y legal que afrontarían los titulares de derechos de explotación sobre una obra a la hora de autorizar o prohibir su reproducción no autorizada por parte de los usuarios en el ámbito de su domicilio. CARBAJO GASCÓN por su parte, piensa que existe sólo un fundamento: la imperfección o fallo de mercado, la cual se caracterizaría por la asistencia de dos factores: a) los elevados costes de transacción; y b) la imposibilidad práctica de perseguir a quien han realizado

La redacción pasa al PMLPI 2014, aunque conteniendo la modificación de alguno de sus elementos (el AMLPI 2103 fue objeto de minuciosa revisión y crítica, tanto por parte del CGPJ como del Consejo de Estado). la nueva redacción del límite propuesta, que mantiene la adición de un punto 3º al artículo 32 de la LPI es la siguiente:

“2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:

a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.

b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:

1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:

a) Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra.

b) Las bases de datos electrónicas.

c) Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99”.

¹³⁵⁵ Eliminada la parte relativa al “*sampling*” del párrafo de SÁNCHEZ ARISTI, puesto que se ha de entender que el límite de copia privada no cubre este supuesto, que en puridad implica más que un acto de reproducción; puesto que además representa un acto de comunicación o distribución que ha de ser autorizado por el titular de derechos, o autorizado expresamente por la ley mediante un límite independiente del de copia privada.

reproducciones no autorizadas ¹³⁵⁶ . Este trabajo va a basar su estructura en la primera aproximación.

Lo que este trabajo no va a hacer es buscar fundamentos adicionales al límite, puesto que pienso que estos no son dignos de ser tomados en consideración a tal efecto. GARROTE ¹³⁵⁷ , por ejemplo, cita a algunos fundamentos adicionales al límite que parte de la doctrina más “revisionista” ha desarrollado. Son estos fundamentos que han sido desarrollados en laboratorios doctrinales jurídicos “*post facto*” a su surgimiento, y que ningún caso explican la necesidad originaria que motivó la codificación del límite en el derecho positivo. Algunos de estos fundamentos “de laboratorio” surgen del ansia incontrolable que parte de la doctrina sufre para dotar a una institución jurídica fundamentalmente utilitarista, y desarrollada por razones de oportunidad, como es el límite de copia privada, de elementos intrínsecos más “elevados”. Muchos de estos fundamentos o explicaciones son a su vez el germen de que muchos usuarios crean erróneamente que gozan de un “derecho fundamental a realizar copias privadas” (y por supuesto consideran estos usuarios que la reproducción no autorizada de obras sujetas a derechos de autor a través de redes P2P y similares, forma parte de este derecho inalienable. Por ejemplo, no podemos considerar un axioma que el límite de copia privada no afecte a la explotación normal de una obra ¹³⁵⁸ . De hecho es una aseveración harto discutible, y muchos estudios fácticos indican precisamente lo contrario. Además, pudiendo resultar cierto que la copia privada supone un beneficio para la comunidad, porque permite el acceso de los ciudadanos a la cultura ¹³⁵⁹ , no es éste un fundamento del límite (y por otra parte el Estado arbitra otros canales menos lesivos para la propiedad para cumplir este objetivo). Finalmente, los intentos de explicar el límite mediante supuestos fundamentos que apelan a “*derechos fundamentales de los usuarios como la libertad individual*” ¹³⁶⁰ emanan de un profundo desprecio por la propiedad privada, y yerran en el fondo completamente el tiro en cuanto a lo que sea un estado democrático y de derecho. Son argumentos

¹³⁵⁶ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹³⁵⁷ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 64-67.

¹³⁵⁸ Ídem.

¹³⁵⁹ Ídem.

¹³⁶⁰ Tal y como los agrupa LÓPEZ RICHART. LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

que nacen del egoísmo y la insolidaridad, pero como igualmente ocurría con los anteriores fundamentos la razón fundamental de que no los incluyamos no es esta, sino que se trata de motivaciones que no se tomaron en ningún caso en consideración a la hora de la creación del límite¹³⁶¹. Por tanto, es nuestra opinión que los fundamentos esenciales del límite son estrictamente los dos “históricos” (“*market failure*” e imposibilidad de control)¹³⁶²; especialmente el segundo, que algunos identifican como su único fundamento real¹³⁶³.

No obstante, las últimas modificaciones propuestas para la LPI se basan (de manera matizada) en un nuevo fundamento, consistente en que el legítimo adquirente de un soporte material ha de tener la posibilidad de “maximizar su uso”, y que ya recogía GARROTE¹³⁶⁴. Esta es también una construcción doctrinal “*post facto*”, y que bebe directamente de la Sentencia SONY del Tribunal Supremo de EE.UU.¹³⁶⁵, que es quizá la decisión fundamental del alto Tribunal norteamericano a efectos de entender la relación del “*fair use*” con las nuevas tecnologías. Aunque este fundamento es el que parece guiar la nueva redacción del artículo 31.2 (además de los dos “históricos”, que se han de tener en además cuenta para explicar la sustancial modificación restrictiva del límite), como explicaré en las páginas siguientes, este es un régimen provisional (aunque dure décadas), y que deriva asimismo de la imposibilidad de controlar ciertos usos de una copia fuera del entorno de línea.

Dedicaremos las próximas páginas a analizar cada uno de ellos por separado.

3.1 **El límite de copia privada como instrumento para subsanar los fallos de mercado.**

El fundamento basado en el fallo de mercado, o “*market failure*” se había considerado tradicionalmente por la doctrina norteamericana como el factor fundamental y determinante en la creación del límite de copia privada, y resulta asimismo crucial tanto en la configuración del test del “*fair use*” (estudiado más arriba¹³⁶⁶), como de la “*regla de los tres pasos*” que debiera servir para interpretar o medir la validez del límite. Es por ello que coincido con NAVARRO

¹³⁶¹ De hecho este es el ultimísimo intento de fundamentar la existencia del límite.

¹³⁶² Como ya hemos señalado más arriba. Ver pág. XXXXXXXX

¹³⁶³ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 16, 2004. Pág. 27.

¹³⁶⁴ Ídem. Pág. 66.

¹³⁶⁵ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

¹³⁶⁶ Ver Pág. 471 y ss. de este trabajo.

FERNANDEZ cuando señala que estamos ante un argumento “*de corte economicista*”¹³⁶⁷. Este fundamento se halla ligado a los costes transaccionales (“*transaction costs*”) en que incurre un titular de derechos de explotación sobre una obra antes, durante y después de concluir una transacción. Estos costes son los que se añaden al valor de producción, fabricación, mano de obra, etc., en que se incurre con el objetivo de conseguir un producto final apto para ser comercializado en el mercado. En un mundo ideal no existirían los costes transaccionales, puesto que podríamos decir que son costes que nacen de la desconfianza que los actores en el mercado se profesan entre sí¹³⁶⁸.

Por ejemplo; pongamos que Pepe quiere abrir una tienda dedicada a la venta al por menor de motocicletas. Una vez alquilado el local y contratado el personal (lo cual no se consideran en sí mismos costes transaccionales), para vender una motocicleta Pepe a) tendrá que contactar antes con uno o con varios distribuidores de motocicletas al por mayor. Si no le convencen sus precios, Pepe podrá contactar directamente con las filiales de los fabricantes en España (HONDA, HARLEY DAVIDSON, etc.). También podrá contactar con los fabricantes en su país de origen y considerar los costes, impuestos etc., derivados de la importación directa de motocicletas. Sólo entonces Pepe podría elegir fundadamente el distribuidor que le dejara un mayor margen de beneficio. El tiempo y energía que Pepe habría utilizado para realizar estas gestiones representaría un coste transaccional (aunque no el precio que Pepe pagaría por el artículo al distribuidor finalmente elegido). Además b) Pepe quizá habría de negociar con sus clientes el precio final en que se vendería finalmente la moto al por menor (descuentos, etc.), y quizá muchos de sus clientes financiarían el pago de la moto, con lo que Pepe tendrá que contactar con entidades crediticias, u ocuparse el mismo de comprobar que su cliente está en disposición de cumplir con su obligación de pago a plazos, etc.; lo cual también representa un coste transaccional. Finalmente, c) pongamos que comprador de la motocicleta ha contratado directamente con Pepe en el sentido de pagarle a plazos su precio. Quizá Pepe tendrá que contratar un seguro que cubra la eventualidad de que el comprador de la motocicleta deje de pagarle, o que tenga que acudir a los tribunales para solicitar un embargo en caso de que su cliente efectivamente incurra en morosidad. Todos estos costes en

¹³⁶⁷ NAVARRO FERNANDEZ, JOSÉ ANTONIO, *La copia privada y las metamorfosis del Derecho de Autor*, Actualidad Civil, 1999, nº 7, Págs. 199- 209. Pág. 200.

¹³⁶⁸ COASE, RONALD HARRY, *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1988. Págs. 33-55.

los que Pepe incurre para asegurarse de que el comprador de la motocicleta hará honor al contrato de compraventa representarían también costes transaccionales.

Así, los costes transaccionales incluyen: a) Los de búsqueda de información: que son los costes en los que incurre el actor en el mercado a la hora de localizar los productos deseados y los distribuidores o proveedores más rentables; b) los de negociación y toma de decisiones: que comprenden aquellos costes en los que se incurriría hasta el momento de perfeccionamiento del contrato; y c) los de supervisión ejecución del contrato: que son los costes en los que se incurriría con el objeto de que un contratante se asegure de que la otra parte cumple con las obligaciones derivadas del acuerdo contractual ¹³⁶⁹ .

Ahora imaginemos que Pepe en vez de vender motocicletas es titular de los derechos de explotación sobre una película. Los costes transaccionales b) y c) resultarían (en el hipotético caso que resultara posible ejercitar tales derechos tanto legal como fácticamente) tremendamente elevados en el caso de las reproducciones analógicas privadas hechas por los usuarios en su domicilio utilizando un videocasete; puesto que primero tendría que contactar con todos los usuarios que realizaran una reproducción doméstica de su película y licenciarles individualmente tal derecho, y posteriormente tendría que monitorizar a cada uno de ellos en su ámbito privado para que no excedieran los términos de la licencia, para que no realizaran la reproducción en caso de no existir licencia, o para demandarles en el caso de que realizaran una reproducción no autorizada de la obra. Como el realizar estos actos resulta de todo punto imposible, entonces hablamos de un “fallo de mercado”. En palabras de LÓPEZ MAZA: *“Los fallos del mercado se producen cuando las condiciones del mercado hacen imposible o prohibitivamente costosa la negociación entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y los usuarios potenciales de material protegido, o cuando los titulares de derechos son incapaces en la práctica de imponer sus derechos de forma efectiva contra los usos no autorizados. Las limitaciones solamente serían necesarias cuando existan costes de transacción altos. En dichas circunstancias, la eficacia económica exige encontrar caminos alternativos para compensar la ausencia de negociaciones entre titulares de derechos y usuarios, y compensar la inaplicabilidad de los derechos exclusivos.*

¹³⁶⁹ Ídem.

La mayoría de las limitaciones basadas en imperfecciones de mercado toman la forma de licencias no voluntarias, como la copia privada” ¹³⁷⁰ .

Es decir, como existe una impracticabilidad económica de que Pepe licencie individualmente a todos los usuarios que deseen hacer una reproducción privada de su película esta facultad, el Estado, a través de su Ley positiva, concede una licencia general a los usuarios para realizar estas reproducciones, limitando el derecho que tiene Pepe autorizar o prohibir los actos de reproducción de su película, y retribuyendo a Pepe por las consecuencias económicas derivadas de la cesión involuntaria de estos derechos a través de la compensación equitativa.

No obstante, esta situación se ha modificado sustancialmente en el ámbito digital, puesto que como señala RAQUEL XALABARDER, el surgimiento de la tecnología digital permite la superación de estos fallos de mercado, especialmente mediante las medidas tecnológicas de protección y gestión de derechos. Ya en 1997 HUGENHOLTZ predecía que la era digital traería indefectiblemente el final de esta justificación:

“Las licencias legales existentes para los actos de fotocopiar, grabación doméstica de casetes, y otros actos de reproducción privada en masa no reflejan un “derecho fundamental a copiar”. Estas licencias legales se introdujeron por meras razones prácticas; no se consideraba factible licenciar [por parte de los titulares de derechos] individualmente actos de reproducción privada en masa. De acuerdo con los titulares de derechos, Todo esto está cambiando en el ámbito digital en la Red. La inteligencia integrada en la superautopista [de la información] permitirá [a los titulares de derechos] conceder y administrar licencias [de uso] a los usuarios individuales por sí mismos. Las obras diseminadas a lo largo de la superautopista llevarán incorporadas “etiquetas” identificativas, que invitarán a los usuarios potenciales a contactar (automáticamente) con los titulares de derechos, o “cabeceras de permiso” que contengan condiciones de licencia predeterminadas a las cuales los usuarios podrán adherirse en tiempo real. Por tanto, la Red digital devolverá a los titulares de derechos lo que (casi) Habían perdido en la era de la copia en masa, el poder de realizar transacciones directamente con los usuarios de la

¹³⁷⁰ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 40.

información”¹³⁷¹.

Por tanto, la gestión de los derechos de autor, cuya explotación resultaba imposible en la era analógica, se realiza en la era digital a través de los llamados “*sistemas de gestión digital de derechos*” (o “*Digital Rights Management Systems*” o “*DRM*’s”, como se conocen popularmente en inglés, y como las llamaremos de aquí en adelante). Los DRM no se corresponden exactamente lo que llamamos medidas tecnológicas de protección (TRM o “*Tecnological Protection Measures*”), sino que estas se encuentran englobadas en aquellas. LÓPEZ RICHART las define como “*Un vasto arsenal de herramientas tecnológicas que permiten ejercer diversas funciones, como bloquear el acceso a contenidos protegidos, licenciar el uso de la obra o gestionar el pago de forma electrónica. En definitiva, los DRM son sistemas avanzados que pretenden hacer posible en toda su extensión el comercio de derechos de autor puede creaciones intelectuales en un entorno digital. Estos sistemas DRM incorporan medidas tecnológicas de protección junto a otras que no van dirigidas propiamente a proteger la obra, sino más bien a facilitar la explotación de los derechos de autor, diciendo, por ejemplo la frecuencia o las veces que se accede a la obra o el copias que de ella se hace, con la finalidad de que su titular pueda facturar en función del uso que se haga de la misma o detectar las violaciones de los términos de la licencia*”¹³⁷². Es la materialización en la realidad del elemento jurídico intrínseco al “*código*” informático del que nos hablaba LESSIG¹³⁷³; o de la celeberrima predicción de CLARK: “*La respuesta a la máquina está en la máquina*”¹³⁷⁴.

¹³⁷¹ “Existing statutory licenses for photocopying, home taping and other mass private reproduction do not reflect a fundamental ‘freedom to copy’. These statutory licenses have been introduced for merely practical reasons; no individual licensing of mass private reproduction was considered feasible. According to right owners, all this is changing in the digital networked environment. The built-in intelligence of the superhighway will enable them to grant and administrate licenses to individual users themselves. Works disseminated over the superhighway will carry identifying ‘tags’, inviting prospective users to (automatically) contact right owners, or ‘permission headers’, containing pre-determined licensing conditions to which users may agree in real time. Thus, the digital networked would bring back to rightholders what they (nearly) lost in the age of mass copying: the power to transact directly with information users”. HUGENHOLTZ, BERNT, «Fierce Creatures Copyright Exemptions Towards Extinction» *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, IFLA/IMPRIMATUR, Conference, Amsterdam, 1997. (Traducción del autor)

¹³⁷² LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹³⁷³ Ver páginas 63 y ss.

¹³⁷⁴ “The answer to the machine is in the machine”. CLARK, CHARLES, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, La Haya, 1996. Pág. 139.

Los poderes públicos, tanto nacionales como supranacionales, han reconocido progresivamente el valor de las TPM, y su importancia en la corrección de los fallos de mercado. La Comisión Europea, ya advertía en el año 1995 en su “*Libro Verde*” que “*los sistemas de copia privada basados en exacciones sobre los soportes y los aparatos, como contrapartida de la legalización de la copia privada, siguen siendo una respuesta válida en los casos en que la técnica no permite impedir la copia. En cambio, si se crean medios técnicos que limiten o impidan la copia privada, la justificación de la licencia legal que constituye un sistema de remuneración deja de existir*”¹³⁷⁵. Es decir, que si a medida que las medidas tecnológicas de control evolucionaran los titulares de derechos de explotación gozaran de la posibilidad de licenciar individualmente sus obras a los usuarios, así como de asegurarse de que estos respetaran los términos de la licencia, el sistema basado en el binomio límite de copia privada/compensación equitativa dejaría de tener sentido. La DDASI recogió este guante, y así su Considerando nº 39 indica expresamente que “*Al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los Estados miembros deben tener en cuenta el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia digital privada y a los sistemas de retribución, siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces. Dichas excepciones o limitaciones no deben impedir ni el uso de medidas tecnológicas ni su aplicación en caso de elusión*”; en su Considerando 47 se lee que “*El desarrollo tecnológico permitirá a los titulares de derechos recurrir a medidas tecnológicas destinadas a impedir o restringir actos que no cuenten con la autorización del titular de cualesquiera derechos de autor*”; y finalmente en su Considerando 55 que “*El desarrollo tecnológico facilitará la distribución de las obras, en particular a través de redes, y ello implicará para los titulares de los derechos la necesidad de identificar mejor la obra o la prestación, al autor de la obra o el titular del derecho y de proporcionar información sobre las condiciones y modalidades de utilización de la obra o la prestación, con objeto de simplificar la gestión de los derechos vinculados a la obra o prestación. Debe alentarse a los titulares de los derechos a emplear marcados que indiquen, además de la mencionada información, entre otras cosas, su autorización cuando incluyan en redes las obras o prestaciones protegidas*”.

Además el Considerando nº 53 de la DDASI explicita que “*La protección de las medidas tecnológicas debe garantizar un entorno seguro para la prestación de servicios interactivos a la*

¹³⁷⁵ *Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información*, Comisión Europea, Bruselas, 1995, Pág. 50.

carta, de forma que el público pueda tener acceso a las obras u otras prestaciones desde el lugar y en el momento que prefiera. Cuando dichos servicios estén regulados por acuerdos contractuales, no deben aplicarse los párrafos primero y segundo del apartado 4 del artículo 6. Las formas no interactivas de servicios en línea deben seguir sometidas a dichas disposiciones”. Dado que tales párrafos del artículo 6.4 de la DDASI obligaban a los Estados miembros a establecer medidas para garantizar el ejercicio del límite de copia privada, cuando la obra estuviera protegida por medidas tecnológicas, podemos concluir que la DDASI continuaba la estrategia dibujada por el “*Libro Verde*” de la Comisión Europea consistente en restringir gradualmente el límite de copia privada a favor del ejercicio directo de los derechos de explotación por su titular, a medida que las medidas tecnológicas de gestión ganaran en eficacia real, y fueran solucionando los fallos de mercado.

El artículo 7.2 de la DDASI establece para los Estados miembros la obligación específica de proteger las medidas tecnológicas de gestión de derechos o “*DRM*”; que denomina como “*información para la gestión electrónica de derechos*”:

“1. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a todas aquellas personas que a sabiendas lleven a cabo sin autorización cualquiera de los siguientes actos:

- a) supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos,*
- b) distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva o en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, sabiendo, o teniendo motivos razonables para saber que al hacerlo inducen, permiten, facilitan o encubren una violación de los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor establecidos por una norma jurídica, o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE.*

2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "información para la gestión de derechos" toda información facilitada por los titulares de los derechos que identifique la obra o prestación protegida contemplada en la presente Directiva, o a que se refiere el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE, al autor o cualquier otro derechohabiente, o información sobre las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información.

El párrafo primero se aplicará cuando alguno de estos elementos de información vaya asociado a una copia de una obra o prestación o aparezca en conexión con la comunicación al público de una obra o prestación protegida prevista en la presente Directiva o cubierta por el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE”.

En España, la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; y por la que se implementa la DDASI en la LPI, señala en el punto IV de su Preámbulo lo siguiente:

“Esta especial protección [la del límite de copia privada frente a las medidas tecnológicas] queda excluida, por expreso mandato de la Directiva, cuando las medidas tecnológicas se apliquen a obras y prestaciones puestas a disposición del público con arreglo a lo convenido en contrato y de tal forma que los usuarios puedan acceder a ellas en el momento y desde el lugar que individualmente elijan. En tales circunstancias prevalecerán las medidas tecnológicas. De esta forma podrán desarrollarse en la red modelos de negocio que respondan a un amplio abanico de posibilidades diferenciadas e independientes de utilización, más próxima a la licencia o a la autorización de actos.

Como complemento de lo anterior y siempre siguiendo los criterios de la Directiva, se regula la protección de la información para la gestión de derechos. Precisamente, la mayor facilidad de la distribución de obras y prestaciones permitida por el desarrollo tecnológico aconseja que los titulares de derechos se cuiden de identificar mejor su obra

o prestación, así como de proporcionar información sobre las condiciones y modalidades de utilización. Con la incorporación de estas normas se pretende alentar la implantación de esta información y de reprimir aquellas conductas que persigan su supresión o alteración”.

La obligatoria trasposición del artículo 7.2 de la DDASI se realizó por medio de la Ley 23/2006 arriba mencionada que regula la protección de lo que denomina también como “*información para la gestión de derechos*”:

“1. Los titulares de derechos de propiedad intelectual podrán ejercitar las acciones previstas en el título I del libro III contra quienes, a sabiendas y sin autorización, lleven a cabo cualquiera de los actos que seguidamente se detallan, y que sepan o tengan motivos razonables para saber que, al hacerlo, inducen, permiten, facilitan o encubren la infracción de alguno de aquellos derechos:

- a. Supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos.*
- b. Distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos.*

2. A los efectos del apartado anterior, se entenderá por información para la gestión de derechos toda información facilitada por los titulares que identifique la obra o prestación protegida, al autor o cualquier otro derechohabiente, o que indique las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información, siempre y cuando estos elementos de información vayan asociados a un ejemplar de una obra o prestación protegida o aparezcan en conexión con su comunicación al público”.

Volveremos a la DDASI y a la LPI en relación con su regulación sobre las medidas tecnológicas de protección, y la relación de estas con el límite de copia privada (no vamos a entrar más a fondo en las de gestión) cuando analicemos los elementos del artículo 31.2 de la LPI. Lo que nos interesa en este punto es subrayar que uno de los fundamentos originarios que dieron lugar al límite de copia privada desaparece en la era digital.

Volvamos pues a Pepe, que recordemos es titular de los derechos de explotación sobre una película. Los costes transaccionales b) y c) en el caso de que Pepe comunicar a la película en línea vía “*streaming*”, de forma interactiva, protegida por medidas tecnológicas de protección, y gestionada mediante medidas tecnológicas de gestión, ascenderían en un punto determinado en cuanto a sus costes agregados (tanto efectivos como transaccionales) a cero. Las medidas tecnológicas de gestión permitirían a Pepe contactar individualmente con cada usuario, contratar con él, licenciar la obra, y controlar de forma remota y automática que se cumplen los términos del contrato. Las medidas tecnológicas de protección permitirían que no accediese a la película ningún usuario a quien Pepe no hubiera dado su autorización previa, o eliminar los accesos de los usuarios que incumplieran los términos del contrato. El fallo de mercado, por tanto, habría desaparecido. Por tanto, si en este escenario obligáramos a Pepe a proporcionar a los usuarios la facultad de realizar copias privadas, no estaríamos solucionando un fallo de mercado; sino que estaríamos distorsionando el mercado.

Todo esto en lo que comprende a la copia digital explotada en línea. No me cabe ninguna duda que más bien pronto que tarde las copias digitales se liberarán definitivamente de su soporte físico, puesto que todo parece indicar que modalidad de explotación que es la distribución de copias fijadas en un soporte tangible, y que es recogido en el artículo 19 de la LPI, se convertirá pronto en un mercado residual (tan residual como no es hoy la distribución de obras musicales y audiovisuales fijadas en un soporte analógico). Mientras este momento llega (y llegará), aún hay que prestar atención a la explotación de copias digitales fuera de línea, que lógicamente carece del potencial de interactividad del que sí que goza la explotación a través de la Red. De las obras explotadas en un formato digital fuera de línea participan de la mayoría de las características de las copias analógicas, con la única excepción de que se puede restringir o eliminar la posibilidad de realizar reproducciones privadas a través de medidas tecnológicas de protección. No obstante, al ser digitales participan de la “*maleabilidad lógica*” que de la tecnología digital predicaba MOOR

¹³⁷⁶ , lo cual significa que sí que pueden ser reproducidas en un formato susceptible de comunicación a través de la Red. Es por ello que no se puede tratar los “*dos ambientes*” (en línea y fuera de línea) ¹³⁷⁷ de forma completamente diferenciada, ya que podríamos decir que nos hallamos ante dos vasos comunicantes. Consecuentemente, no basta con eliminar el límite de copia privada en los casos en que las obras se comercialicen en línea de forma interactiva, sino que además resulta necesario restringir sustancialmente el límite de copia privada en el ámbito digital fuera de línea.

Volvamos a nuestro ejemplo. En el año 2013 Pepe normalmente no comercializará su película exclusivamente en línea de forma interactiva, sino que muy probablemente la explotará principalmente mediante su distribución en un soporte físico (una vez agotada la ventana de su exhibición en salas comerciales). Si seguimos la concepción más “expansiva” del límite de copia privada generada por la actual redacción del artículo 31.2 de la LPI, los usuarios podrían legalmente realizar cuantas copias privadas deseen de los DVD que Pepe distribuye en el mercado; copias perfectas que según el artículo 31.2 podrían muy bien ser fuente de “*acceso legal*” para la realización de otras copias. Así, dada la actual indefinición del término “privado”, se podría defender plausiblemente que si Manuel (usuario) ha guardado una copia privada en una web de almacenamiento (tipo MEGAPLOAD o RAPIDSHARE), y le envía por correo electrónico a su amigo Alfonso el enlace de acceso, Alfonso estaría realizando una copia privada de la película cuyo derecho de reproducción es propiedad de Pepe. De ahí a una reproducción global incontrolada de la película (porque por ejemplo, Alfonso comparta ese enlace) hay sólo un paso, puesto que la particularísima peculiaridad de la copia digital es su capacidad de multiplicarse en progresión geométrica ¹³⁷⁸ , y en este escenario el mercado legal en que Pepe ofrece su película de forma interactiva en línea terminaría por distorsionarse gravemente. Es por ello que los llamados “*dos*

¹³⁷⁶ Pág. 67 y ss.

¹³⁷⁷ Siguiendo la nomenclatura que GARROTE utiliza como cabecera para una de las secciones temáticas que conforman uno de sus más celebrados trabajos. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», *pe. i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002. Pág. 56.

¹³⁷⁸ Lógicamente, llegará un momento en que las medidas tecnológicas permitan localizar la fuente primera de la copia ilícita; es decir, el usuario que inició la comunicación autorizada a través de la red desde una copia lícita. Asimismo llegará un momento en que la legislación se adapte a esta hipotética capacidad de las medidas tecnológicas, y se castigue con severidad del acto de “siembra primera”.

ambientes” en realidad son vasos comunicantes con capacidad para retroalimentarse ¹³⁷⁹. Sin embargo, con una concepción más restringida del límite de copia privada, Pepe podría proteger su película con medidas tecnológicas de seguridad, o incluso comercializarla sin tales medidas, puesto que la línea roja entre los actos lícitos e ilícitos estaría dibujada de manera mucho más nítida con la vista puesta en la protección de sus derechos por parte de los resortes destinados a tal efecto por el Estado democrático y de derecho. Es decir, aunque no se solucionaría el problema en su totalidad, los titulares de derechos gozarían de mayores garantías para afrontar esta etapa de transición en la que nos hallamos. Por tanto, la experiencia nos dice en suma que las normas jurídicas que regulan el ámbito de la copia digital fuera de línea afectan al ámbito en línea y viceversa.

3.2 El límite de copia privada como respuesta la imposibilidad de control por parte del titular del derecho de reproducción sobre una obra sobre los actos de reproducción no autorizados realizados por los usuarios en su esfera íntima.

Si como hemos señalado anteriormente en este trabajo una gran mayoría de la mejor doctrina entiende que los derechos de propiedad intelectual en realidad son manifestaciones del “*ius prohibendi*” que existe en todo derecho de propiedad, existen ámbitos donde este “*ius prohibendi*” resulta imposible de ejercitar por parte de su titular. El ámbito más obvio a este respecto es el de la esfera íntima de las personas, y más concretamente el de su domicilio ¹³⁸⁰. La propia historia de la aparición del límite de copia privada analógico, especialmente en lo relativo a las sucesivas demandas que la entidad de gestión alemana GEMA interpuso contra el fabricante de aparatos de grabación analógica GRUNDIG durante los años 60 ¹³⁸¹, explica por sí misma y de manera suficiente que la imposibilidad de control de los derechos de explotación sobre una obra por parte

¹³⁷⁹ No es difícil pensar que Enrique, amigo de Manuel que reside en Perú, podría realizar una copia privada de la película en línea, fijarla en multitud de DVD’s vírgenes, y distribuirla de manera no autorizada por las calles de Lima, con lo cual el potencial mercado fuera del línea para la película propiedad de Pepe en ese país también se resentiría. Es más, si Fernando, que adquirido uno de esos DVD piratas en las calles de Lima, realiza una copia privada en su ordenador, y la comparte a través de una red P2P; este acto podría tener consecuencias de dispersión de mercado también en España.

¹³⁸⁰ “*En lo duradero o en lo permanente, en lo transitorio o en la accidental, domicilio a estos efectos judiciales es el lugar que la persona elige para desarrollo de su vida íntima y privada a ella sólo perteneciente, con exclusión de terceros. Lo esencial es que en ese espacio donde se ejercen las vivencias más íntimas, sin sometimiento alguno a los usos y convencionalismos sociales, venga enmarcado físicamente en el habitáculo y espiritualmente en lo que yo individual representa y supone; ese domicilio, que no debe confundirse con la propiedad, lleva consigo el derecho a su inviolabilidad como un derecho natural*”. Sentencia del Tribunal Supremo nº 7357/1996 de 19 de diciembre de 1996.

¹³⁸¹ Y que se han tratado en este trabajo en las páginas 553 y ss.

de su titular deriva directamente de la colisión de los mismos con el derecho de intimidad de las personas y con la inviolabilidad del domicilio.

En el punto anterior hemos hablado de los inasumibles costes transaccionales que representaban en la era analógica para los titulares de derechos la negociación y licencia con cada uno de los usuarios que realizaren reproducciones en el ámbito privado. Además, como muy bien señala LÓPEZ MAZA, “*incluso en el supuesto de que los titulares de derecho tuvieran los medios para negociar y concluir licencias con cada uno de los usuarios individualmente, es prácticamente imposible verificar el cumplimiento de dichos contratos debido al necesario respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio*”¹³⁸². Esto es por razón de la superioridad jerárquica de los derechos a la intimidad personal y familiar y de la inviolabilidad del domicilio frente a los derechos de explotación derivados del Derecho de Autor; superioridad que se subsume de la posición preeminente que tales derechos ocupan en la CE. Así, podemos encontrar el artículo 18 de la CE encuadrado entre los derechos fundamentales y libertades públicas que recoge nuestra Carta Magna, lo cual, como hemos visto, confería a este artículo superioridad jerárquica sobre los derechos de explotación de los autores (que derivarían de los artículos 33 y 38 de la CE). Esto ha provocado que autores como SÁNCHEZ ARISTI concluyan que resultaría en puridad más adecuado hablar de una imposibilidad de control “jurídica” que de una imposibilidad de control “fáctica”^{1383 1384}.

El derecho fundamental a la intimidad de los ciudadanos y a la inviolabilidad de su domicilio son pilares básicos en cualquier Estado que se quiera llamar democrático, aunque hay que señalar que no son derechos absolutos¹³⁸⁵. El art. 18.2 de la Constitución española reconoce el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, establecido “*para garantizar el ámbito de*

¹³⁸² LÓPEZ MAZA. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 179.

¹³⁸³ En el mismo sentido SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 14.

¹³⁸⁴ También LÓPEZ MAZA. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 179.

¹³⁸⁵ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Mencionado por la Sentencia del Tribunal Supremo 1009/2006 de 18 de octubre.

privacidad de la persona, dentro del espacio limitado que cada uno elige y donde ejerce su libertad más íntima”¹³⁸⁶. Adicionalmente, “*este derecho no es sólo objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada*”¹³⁸⁷. No obstante, la ley habilita a realizar la entrada y registro en el domicilio de un ciudadano por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado mediante auto judicial motivado¹³⁸⁸ (es decir, cuando la Ley le habilite para ello), además de los supuestos de que existiere consentimiento del titular o se apreciara la existencia de un delito flagrante¹³⁸⁹. El auto judicial que habilite a realizar un registro en el domicilio de un particular, debe reunir los siguientes requisitos: a) proporcionalidad, que supone apreciar la adecuación entre la gravedad del hecho que se investiga y el sacrificio que al derecho fundamental se le impone como consecuencia de la diligencia de entrada y registro¹³⁹⁰; b) idoneidad de la medida, lo que implica la adecuación entre la medida y el fin perseguido y que la injerencia facilite la obtención del objetivo pretendido; y c) necesidad de la medida, ya que dicha diligencia solo cabe cuando no hay otras vías eficaces menos gravosas para la comprobación del delito. Además es necesaria la existencia de indicios que vayan más allá de la mera sospecha para justificar un registro¹³⁹¹, y adicionalmente se exige que se haya realizado una investigación previa a la entrada y registro de un domicilio¹³⁹². Estas medidas nos dan una idea de la sacralidad que al domicilio un ciudadano otorga nuestro ordenamiento jurídico.

Por supuesto, en el ámbito del Derecho de Autor, medidas tan regladas y exclusivas como la entrada de registro en un domicilio se reservan para las infracciones del tipo penal, normalmente para el tipo agravado de los artículos 271 y 272 del CP (por ejemplo: la entrada y registro en un almacén en que se acopian un gran número de DVD ilegales). Estas medidas, lógicamente, resultan enteramente desproporcionadas para evitar los actos de reproducción no autorizados realizados por el usuario en su domicilio. Por tanto, como señala LOPEZ RICHART “*La razón que más pesó para llegar a esta conclusión [La necesidad de la creación del límite de copia privada] puede ser, sin lugar a dudas, la resignación de saber que aunque se hubiese optado por prohibir la copia*

¹³⁸⁶ Sentencia nº 22/1984 del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, 17 de Febrero de 1984. Fundamento Jurídico 5º.

¹³⁸⁷ Ídem.

¹³⁸⁸ Artículo 550 y 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹³⁸⁹ Artículo 553 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sentencia nº 22/1984 de Tribunal Constitucional, Sala 2ª, 17 de Febrero de 1984.

¹³⁹⁰ STS de 17 de mayo de 1994.

¹³⁹¹ Sentencia nº 171/99 del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 27 de septiembre de 1999.

¹³⁹² Sentencia nº 8/00 del Tribunal Constitucional, Sala 1ª, 17 de enero de 2000.

privada no se habría terminado con ella, dada la imposibilidad de controlar lo que sucede en el ámbito estrictamente privado de las personas, con lo que además se habría visto o sensiblemente resentida la credibilidad del sistema”^{1393 1394}. Para este mismo autor, por tanto, la imposibilidad de control radica en “*Los elevados costes judiciales y de protección de derechos, unido a la circunstancia de que podríamos tropezar también con derechos constitucionales, como el respeto a la intimidad, al domicilio, y al secreto de las comunicaciones*”¹³⁹⁵. Así, MALMIERCA señala en cuanto al límite de copia privada que “*el motivo que genera la existencia de este límite es la imposibilidad fáctica para el titular de derechos de conocer y, en consecuencia, poder controlar (autorizar o prohibir) las reproducciones que de su obra se realizan para uso privado*”¹³⁹⁶. Es por ello, dado que “*no se podía poner a una persona el caso del individuo para controlar dicho uso y saber quién está haciendo una copia privada y quien no*”¹³⁹⁷; y “*no se puede prohibir lo que resulta imposible impedir*”¹³⁹⁸, se optó por sustraer de las facultades de los titulares de derechos de explotación sobre una obra la facultad de autorizar o prohibir tales copias privadas, constituyendo ésta la solución “*menos mala*”¹³⁹⁹, ya que aunque algunos de los usuarios no realizaran copias privadas, los estudios realizados indicaban que la mayoría de los usuarios sí que lo hacían¹⁴⁰⁰, por lo que parecía en la era analógica razonable perjudicar a la minúscula minoría de usuarios que no utilizaban los casetes para realizar copias privadas.

Nos cuenta DELGADO PORRAS que con anterioridad a la LPI de 1987 los actos de reproducción efectuados en el ámbito doméstico por medios mecánicos estaban prohibidos en España, con que

¹³⁹³ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹³⁹⁴ En el mismo sentido GÓNZALEZ DE ALAIZA: “*La promulgación de una ley que previsiblemente va a ser violada en masa, porque no se puede hacer cumplir, sólo contribuye a poner en entredicho la efectividad del resto del ordenamiento*”. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 122.

¹³⁹⁵ Ídem.

¹³⁹⁶ MALMIERCA, MARTA; MARTIN-PRAT, MARÍA; RAMIREZ, JAVIER; XALABARDER RAQUEL *Mesa redonda La copia privada digital*. IDP, Revista de Internet Derecho y Política, nº 1, pp. 33-35., 2005. Pág. 44.

¹³⁹⁷ RAMÍREZ, JAVIER, MALMIERCA, MARTA; MARTIN-PRAT, MARÍA; RAMIREZ, JAVIER; XALABARDER RAQUEL *Mesa redonda La copia privada digital*. IDP, Revista de Internet Derecho y Política, nº 1, pp. 33-35., 2005. Pág. 49.

¹³⁹⁸ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 16, 2004. Pág. 27.

¹³⁹⁹ Ídem.

¹⁴⁰⁰ RAMÍREZ señala que “*conforme a las encuestas que se barajaban en 1992, quedaba constatado por ejemplo, respecto a la utilización de soportes vírgenes de casetes de audio, que un 88,5% de las casetes se utilizaban para fines de copia privada y además establecía que dicho porcentaje era un mínimo, ya que cada una de las casetes se reutilizaba 2,5 veces de media*.”

formalmente se cumplía con las exigencias derivadas de la “*regla de los tres pasos*”, recogida en el artículo 9.2 Del CB ¹⁴⁰¹, del que España era parte signataria; aunque “*La prohibición de esas copias no pasaba de lo puramente teórico. El respeto o a la vida privada y la inviolabilidad del domicilio (protegidos por el artículo 18 de la constitución) harían utópica la disposición legal*” ¹⁴⁰². Además, en la práctica se utilizaba el llamado “*criterio jurisprudencial de la mínima gravedad de la acción*” (o “*minimis lex non regit*” ¹⁴⁰³). Este criterio legal utilizado por los tribunales del orden jurídico penal “*para declarar no punibles infracciones del Derecho de Autor que entendía no constituían un comportamiento antisocial relevante por su escasa “entidad objetiva y subjetiva”*” ¹⁴⁰⁴. No obstante, aunque el Anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual elaborado en el año 1984, seguía considerando ilícita la reproducción para uso privado por medios mecánicos, ya que su artículo 32.2.a) establecía que “*las obras ya divulgadas podrían reproducirse sin autorización del autor cuando se tratase de una reproducción aislada, realizada por el propio copista y para su uso personal, con la excepción de aquella que se efectuará por medio de la “xerografía u otro procedimiento análogo, o sobre un registro técnico visual o sonoro”*” ¹⁴⁰⁵. Esto significaba que, a pesar de considerar las reproducciones realizadas por medios mecánicos ilícitas, independientemente de que el objeto de tales reproducciones fuera su uso privado por parte del copista; el artículo 26 del Anteproyecto de 1984 establecía un canon compensatorio para los titulares de derechos por razón de la comisión de esos actos ilícitos ¹⁴⁰⁶. Por tanto, el anteproyecto compensaba los titulares de derecho por la realización de actos no permitidos por la ley, y la razón era otra que la consideración consistente en que evitar estos actos resultaba de todo punto

¹⁴⁰¹ Artículo 9.2 del CB: “2) *Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*”.

¹⁴⁰² DELGADO PORRAS, ANTONIO, «La copia privada en España», *RIDA*, núm. 145, julio 1990. Pág. 39.

¹⁴⁰³ “La Ley no se ocupa de las cosas mínimas”. Aforismo que nos recuerda TORRES. TORRES, MÓNICA, «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización», X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales. Madrid. 2000. Pág. 11.

¹⁴⁰⁴ Ídem. Pág. 38.

¹⁴⁰⁵ Ídem. Pág. 39.

¹⁴⁰⁶ Artículo 26 del anteproyecto de LPI de 1984:

“1. *Los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma, filme de creación cinematográfica o cualquier otro soporte sonoro y visual tendrán derecho a participar con los editores o productores de dichos soportes, con los distribuidores, en su caso, y con los artistas, intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones se hallen fijadas en las mismas, en un canon compensatorio de los perjuicios presupuestos que puedan derivarse de las reproducciones de tales soportes, efectuadas para uso personal por medio de aparatos técnicos no tipográficos.*

2. *El gobierno determinará reglamentariamente las condiciones de ejercicio de este derecho según las diversas modalidades de reproducción, indicando el importe del canon, su modo de exacción, y su destino entre los posibles beneficiarios*”

imposible. Sigue explicando DELGADO PORRAS, que si la realización de copias de calidad en el ámbito doméstico para uso privado resultaba un acto antijurídico, la consecuencia es que el canon hubiera debido basarse en la responsabilidad civil de los copistas por los daños efectivos realizados a los intereses de los titulares de derechos de reproducción ¹⁴⁰⁷, pero *“teniendo en cuenta las circunstancias en que se produce dicho acto lesivo la imposibilidad que de ellas se desprende para determinar tanto la culpabilidad del sujeto que lo haya ejecutado, como la identidad del perjudicado, así como la medida individualizada del daño y la relación de éste con el referido acto, parece evidente que en este caso no se puede hablar de una obligación de resarcimiento y que la solución tiene que encontrarse el campo de la responsabilidad objetiva* ¹⁴⁰⁸. Esta responsabilidad se concretaba en la imposición de un canon a los fabricantes de medios mecánicos capaces de realizar una copia privada, que serían los sujetos pasivos del canon, y se les gravaría por cuenta de los actos antijurídicos de los usuarios que efectivamente realizaren tales copias utilizando sus medios. Este canon, no obstante se repercutiría a todos los adquirentes de dichos bienes mecánicos (aparatos y soportes), utilizaren estos dichos medios para realizar el acto antijurídico o no. Este es sin duda el germen de la creencia popular que consiste en que la compensación equitativa por razón del límite de copia privada penaliza a los ciudadanos así que realicen actos antijurídicos o no; así como de sus posteriores mutaciones lógicas: *“¿Por qué pago el canon si no pirateo?”*; o *“El canon va en contra de la presunción de inocencia”*; o bien *“Puedo piratear lo que quiera porque ya he pagado el canon”*; etcétera. No obstante, en lo relevante al punto que nos ocupa, nos quedamos con que el ordenamiento jurídico reconocía la existencia de actos que consideraba antijurídicos, y a resarcir por estos ellos a los titulares de derechos perjudicados por los mismos, porque tales actos resultaban imposibles de controlar en la práctica (aunque fueran ilícitos). Esta redacción se modificó en los Proyectos de Ley de 1985 y 1986, en el sentido de autorizar los actos de copia privada, aunque como muy bien señala TORRES esta medida no se hizo para *“legitimar lo ilegal, es decir, legitimar la piratería o la reproducción obtenida de manera ilegal, sino para paliar los daños y perjuicios de los titulares de derechos afectados”* ¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁷ DELGADO PORRAS, ANTONIO, «La copia privada en España», *RIDA*, núm. 145, julio 1990. Pág. 40.

¹⁴⁰⁸ Ídem.

¹⁴⁰⁹ TORRES, MÓNICA, «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización», X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales. Madrid. 2000. Pág. 12.

Con la llegada de la tecnología digital y las medidas tecnológicas de gestión y protección de los derechos de autor la posibilidad de que los titulares de derechos controlen el uso que se hace de sus obras va tomando cuerpo paulatinamente, por lo que la necesidad de un límite de copia privada se diluye. CARBAJO GASCÓN señala acertadamente que el único fundamento del límite de copia privada radica en “*simples razones prácticas derivadas del estado la tecnología en un determinado momento histórico y, como tales, superable por el propio hacer técnico*” ¹⁴¹⁰. Y LUCAS en el mismo sentido afirmaba ya en 1998 que “*Hoy en día ya no existe la imposibilidad práctica que había desalentado a los defensores de la propiedad intelectual, precisamente gracias a las técnicas digitales*” ¹⁴¹¹. Las razones esgrimidas en el punto anterior cuando hablábamos de la superación de los fallos de mercado resultan también válidas para este.

Es por ello, que tanto la DDASI como las sucesivas modificaciones de la LPI se basan en el objetivo consistente en una restricción paulatina del ámbito tradicional perteneciente al límite de copia privada, que como hemos visto básicamente cubría en la era analógica cualquier reproducción privada que se hiciese de la obra por parte de los usuarios. Los primeros actos que sustrajeron al límite fueron los de uso o disfrute interactivo de una obra por parte de los usuarios (los primeros en los que la “*imposibilidad de control*” desaparece). El artículo 6.4. de la DDASI, en su párrafo quinto exime a los Estados miembros que hayan adoptado en su ordenamiento el límite de copia privada de tomar las medidas pertinentes para facilitar dicho límite a los usuarios, cuando se utilizaran por parte de los titulares de derechos de explotación medidas tecnológicas para proteger sus obras, en los supuestos de las “*obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido*”. Y en el mismo sentido se expresa el artículo 161.5 de la LPI.

Por lo tanto, el límite de copia privada quedaba restringido a lo que se escapara de los supuestos de explotación interactiva (además de los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas, las cuales quedaban excluidas del ámbito de aplicación del límite de copia privada por el propio

¹⁴¹⁰ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 16, 2004. Pág. 27.

¹⁴¹¹ LUCAS, ANDRÉ, *la propiedad intelectual y la infraestructura global de la información*, boletín de Derecho de Autor, Boletín de Derecho de Autor, Vol. XXXII, n° 1, enero-marzo, Ediciones UNESCO, París, 1999. Pág. 8. Referenciado en TORRES, MÓNICA, «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización», X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales. Madrid. 2000. Pág. 15.

texto del artículo 31.2), lo cual no es poco dada la redacción del artículo 31.2 de la LPI tras la modificación operada en la misma por la Ley 23/2006, puesto que la vaguedad de esta redacción ha terminado concretándose en la práctica en la aceptación de una interpretación irracionalmente “expansiva” del ámbito operativo del límite, que como hemos visto incluso cubría los actos de descarga no autorizada realizados por los usuarios desde redes P2P. La nueva redacción del artículo 31 de la LPI, si la modificación operada en el mismo por el nuevo Proyecto de Ley aprobado en Consejo de Ministros llega a concretarse, restringe a mi entender el ámbito de aplicación del límite a las distribuciones y comunicaciones autorizadas (aunque pienso que el Anteproyecto resultaba mucho más restrictivo), precisamente porque existen métodos, las medidas tecnológicas de protección, que permiten asegurar un cierto control sobre las reproducciones (si no se eluden por parte del usuario, claro). Esto último daría la razón a aquellos que, como CARBAJO GASCÓN, entendían que la “*imposibilidad de control*” era el único y verdadero fundamento del límite.

Así, autores como SÁNCHEZ ARISTI, reconociendo que si la “*imposibilidad de control*” fuera el único fundamento del límite de copia privada habría que terminar progresivamente con él, intentaron buscar otros fundamentos nuevos para justificar la existencia del límite. Entre ellos señala SÁNCHEZ ARISTI que el límite se basaría en “*el derecho de propiedad privada y la libertad personal de los destinatarios de los diversos actos de explotación de las obras y prestaciones. Los destinatarios deben poder ejercer su derecho de propiedad ordinaria en relación a los soportes tangibles o intangibles –bienes y servicios- a los que acceda lícitamente*”¹⁴¹². Este argumento se aceptaría en parte con la nueva redacción del artículo 31 de la LPI, si el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros llega a buen término, puesto que se reconoce la facultad de realizar copias privadas a los usuarios que hubieran adquirido un original mediante un contrato de compraventa, y a las que hayan accedido a una obra mediante su radiodifusión, con lo que si bien se acepta la premisa de que los usuarios deberían ser capaces de ejercer en toda su extensión su derecho de propiedad sobre una determinada copia, este derecho de propiedad sólo puede ser adquirido por los usuarios mediante “*compraventa mercantil*”, que es el único medio de acceso lícito para realizar copias privadas no temporales según la nueva redacción del artículo 31 de la LPI. No obstante, en realidad estos supuestos responden a realidades

¹⁴¹² SÁNCHEZ ARISTI. SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 14.

que suceden fuera de línea (copias privadas que un usuario realiza en su domicilio de un DVD que se acaba de comprar en El Corte Inglés para poder verlo en su iPad; copias privadas que un usuario que aún no disfruta de la posibilidad ofrecida por el radiodifusor de ver un programa de televisión de forma interactiva, por lo que ha de grabarlo para poder verlo en un momento posterior a su emisión que le resulte más conveniente), por lo que se podría decir que suponen un régimen provisional hasta que (como parece va a suceder) la parte del león de la explotación de contenidos por parte de sus titulares de derechos se realice íntegramente de forma interactiva a través de la Red, protegida por medidas tecnológicas (o a través de otras “redes” para las cuales sirve lo dicho: por ejemplo, la explotación interactiva a través de redes de televisión por cable protegidas asimismo por medidas tecnológicas) ¹⁴¹³.

Por ello todo ello este trabajo se adhiere a las siguientes conclusiones alcanzadas por CARBAJO GASCÓN:

“En definitiva, en nuestra modesta opinión la superación de la imperfección de mercado que dio pábulo originariamente a la excepción de copia privada con motivo de la extensión de los derechos exclusivos al ámbito privado y la consiguiente posibilidad de los titulares de derechos para controlar el acceso de los usuarios a sus obras y prestaciones y el uso que de las mismas se pueda hacer, debería servir, sino para prohibir radicalmente la copia privada (por las dificultades que ello podría conllevar actualmente dada la coexistencia de copias privadas analógicas y copias privadas digitales y ante la escasa implantación y menor eficacia que por el momento tiene las medidas tecnológicas en el mercado), sí para facultar a los titulares y derechohabientes a ignorar o superar esa excepción mediante la

¹⁴¹³ Sin embargo, otro fundamento que esgrime SÁNCHEZ ARISTI (sin duda influido por autores como COHEN o LITMAN), es que existe una “...necesidad de prohibir pretensiones abusivas de control por parte de los titulares de derechos. De acuerdo con la doctrina del abuso de derecho, puede resultar un ejercicio antisocial de los derechos de propiedad intelectual que el titular de los mismos pretenda impedir a otros sujetos la realización de actos que a él no perjudican en cambio ellos pueden beneficiar (“ius usus innocui”). La realidad del mercado de contenidos norteamericano, desterraría a mí entender este argumento, ya que los usos que SÁNCHEZ ARISTI llama “inocuos” se permiten sin problema por parte de los titulares de derechos, por pura lógica de las leyes de mercado y de la competencia. Esta supuesta “maldad intrínseca”, y “avaricia sin límite” que se predica de los titulares de derechos de autor, y que es la mayor victoria que el campo de batalla de la opinión pública han obtenido los “tecnologistas”, explica muchos de los problemas a los que se enfrenta la industria de contenidos en España. La realidad demuestra que los titulares de derechos de autor sólo pretenden lo que todo empresario: recuperar su inversión y si es posible obtener un beneficio, basándose normalmente en la lógica empresarial desde la cual desde luego no se subsume que acosar a los clientes con demandas no razonables de las que no se va a sacar ningún beneficio es una buena política para sobrevivir en el mercado. De hecho muchos DVD’s ofrecen la posibilidad al usuario de registrarlo online, con el objeto que este pueda acceder en el momento que lo deseé, o directamente incluyen en el paquete una copia digital.

comercialización de copias digitales de sus obras o prestaciones en formatos tangibles (“off line”) o intangibles (“on line”) que impidan al usuario la realización de más copias de las expresamente autorizadas en el contrato (sean permanentes o evanescentes) con la necesaria ayuda de medidas tecnológicas de control del copiado” ¹⁴¹⁴.

Aunque hayan transcurrido diez años desde que CARBAJO GASCÓN escribiera este párrafo hasta el momento en que redactó estas líneas, sus conclusiones sirven exactamente igual para el día de hoy puesto que nos hallamos aún en un régimen de transición dependiente de la evolución tecnológica. No cabe duda que a medida que se perfeccionen aún más las medidas tecnológicas de control, y que la explotación de contenidos se realice de manera primaria a través de la Red y de forma interactiva, el límite de copia privada perderá gradualmente sus dos fundamentos principales, puesto que nos hallaremos en un escenario de optimación natural del mercado de contenidos, apoyado por la posibilidad total de control de la explotación de sus obras a través de la Red por parte de sus titulares.

Por último, y sin poder detenerme demasiado esta cuestión por razones de espacio, existen algunos espacios residuales (de casi nula importancia práctica) en la Red en los que los titulares de derechos de autor seguirían teniendo una imposibilidad jurídica de controlar el uso que se hiciera sus obras. Me refiero principalmente al correo electrónico, que goza de una naturaleza jurídica idéntica al correo ordinario, y que por tanto se halla protegido por los artículos 18.1, 18.2, y 18.4 de la CE (que como sabemos garantizan el respeto a la intimidad personal y familiar, al secreto de las comunicaciones, y la protección legal contra el uso de informática con el objeto de conculcar estos derechos). Así, el contenido del correo electrónico es inviolable y al igual que en el caso del correo ordinario no puede ser abierto de no existir la autorización expresa de quien lo recibe; o en su defecto, autorización judicial motivada, que participe de los mismos requisitos señalados más arriba para la autorización judicial de registro de un domicilio. Aun resultando cierto que existe la posibilidad de enviar de manera no autorizada copias de una obra a través del correo electrónico, y que está escaparía al control de los titulares de derechos, ésta no deja de ser una situación prácticamente de laboratorio, y que raramente ocurre en la vida real (lo mismo que el hipotético envío a través del correo electrónico del enlace a una copia que se hallen una web de

¹⁴¹⁴ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág 63.

almacenamiento). En cualquier caso, parece claro que hablaríamos de un acto ilícito, como muchos que suceden en la intimidad de los domicilios de los ciudadanos, y a los que el derecho en puridad no puede aspirar a prohibir de manera efectiva (aunque sí formal) en una sociedad democrática.

4. El límite de copia privada en Derecho Comunitario.

Apunta acertadamente el profesor GARROTE que la DDASI representa el primer instrumento de derecho comunitario en acto, diseñado con el objeto de armonizar el régimen jurídico del límite de copia privada en los Estados miembros de la UE, toda vez que el intento anterior de promulgar una directiva sobre el tema fracasó ¹⁴¹⁵. CASAS VALLÉS ¹⁴¹⁶, por su parte, defiende que la DDASI es una Directiva heterogénea, que intenta armonizar las legislaciones de los Estados miembros en dos ámbitos bastante definidos, y que además consta de una tercera parte en que se abordan una variedad de cuestiones de muy diversa índole:

- a. Para CASAS VALLÉS el primer ámbito que aborda la DAASI es el del contenido material de la propiedad intelectual: es decir, que habla la Directiva tanto de los derechos positivos de los autores (y el de los titulares de derechos afines), como de las limitaciones y excepciones a estos derechos. De este ámbito se ocupa el Capítulo II de la DDASI. Más concretamente los artículos 2 a 4 tratan sobre los derechos positivos (derechos de reproducción, distribución, comunicación, y puesta a disposición) y el artículo 5 sobre las limitaciones y excepciones a tales derechos (de transposición obligada en parte, y facultativa en parte para los Estados miembros). La cláusula de revisión de tales limitaciones o excepciones (la “*regla de los tres pasos*”) se encuentra asimismo en el artículo 5.

¹⁴¹⁵ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 36. Nota nº 101. Garrote señala que el borrador de proyecto de directiva sobre copia privada de productos de audio y audiovisuales presentada por la Comisión Europea el 17 de julio de 1992 fracasó. El trabajo de referencia sobre este tema es GÓMEZ SEGADE, JOSÉ ANTONIO, «Propuesta de Directiva de determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información», en *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, (Rogel Vide, Coord.) Reus, Madrid, 1999, pág. 36.

¹⁴¹⁶ CASAS VALLÉS, RAMÓN, La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España, [Artículo en Línea], UOC, [Fecha de Consulta 29/11/2011], <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>. Págs. 4-5.

- b. Siguiendo al autor español, nos encontraríamos con que el segundo ámbito de regulación de la DDASI es (por primera vez) la tutela de las medidas tecnológicas de seguridad, así como la información para la gestión de derechos. Estas normas con pretensión armonizadora se encuentran en el Capítulo III de la DDASI, concretamente en los artículos 6 y 7.

- c. La tercera parte de la DDASI, que intenta regular una gran variedad de temas, se ocupa de: las sanciones y vías de recurso (artículo 8); de la vigencia de disposiciones anexas y conectadas con el Derecho de Autor (artículo 9); de las normas técnicas sobre la vigencia temporal de la propia DDASI (artículo 10); y por último de las modificaciones de aspectos concretos contenidos en Directivas anteriores ¹⁴¹⁷ .

Entrando así sin mayores preámbulos en el tema que nos ocupa, se puede leer en el Considerando 38 de la DDASI lo siguiente:

“Debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos. Aunque las diferencias existentes entre tales sistemas de retribución afecten al funcionamiento del mercado interior, en lo que respecta a la reproducción privada analógica, dichas diferencias no deben tener efectos significativos en el desarrollo de la sociedad de la información. La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos”.

¹⁴¹⁷ Ídem.

Sin embargo, muchos de los objetivos de la DDASI en cuanto a la regulación y el impacto del límite de copia privada enumerados en el Considerando 38 no se han conseguido cumplir al trasponerse la Directiva por parte de algunos los Estados miembros. Por ejemplo, la LPI no realiza distinción alguna entre copia privada analógica y digital, lo cual resultaría hasta lógico si pensamos que la distinción realmente relevante en nuestros días es la que engloba a las copias analógicas y digitales fuera de línea por un lado, y a las copias digitales comercializadas bajo licencia de forma interactiva por el otro (normalmente sólo para su uso y disfrute por parte del usuario). Además, se especifica en el texto del Considerando 38 de que los sistemas de retribución en el ámbito digital no deben tener impacto en el mercado interior, aunque cuando estos sistemas necesariamente tienen un impacto (desigualitario) es el momento en que en algunos países existe el límite de copia privada (que requiere obligatoriamente de adoptarse por un Estado miembro asimismo que se arbitre un sistema de compensación equitativa) y en otros países no ¹⁴¹⁸. Así por ejemplo, un autor británico cobraría (una mayor cantidad con el sistema recientemente derogado, y una menor cantidad con el actual) en España su porcentaje de la compensación por el límite de copia privada, mientras que un autor español cobrará exactamente cero Euros en Gran Bretaña o en Irlanda, puesto que no existe el límite, y por tanto tampoco la compensación equitativa por su razón ¹⁴¹⁹.

Por su parte, el Considerando 39 explicita lo que hemos señalado en el punto anterior de este trabajo: que el corazón de la DDASI late el objetivo de eliminar progresivamente el límite de copia privada a medida que la “*imposibilidad de control*” sobre los usos no autorizados que los usuarios puedan realizar de una obra sujeta a Derecho de Autor desaparezca:

“Al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los Estados miembros deben tener en cuenta el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia digital privada y a los sistemas de retribución, siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces. Dichas excepciones o limitaciones no deben impedir ni el uso de medidas tecnológicas ni su aplicación en caso de elusión”.

¹⁴¹⁸ V. HUGENHOLTZ, BERNT, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR vol. 11, 2000, pp. 501-502.

¹⁴¹⁹ Esta realidad inhabilita una de las críticas realizadas por el Informe del CGPJ a la proyectada reforma de la LPI: el que el nuevo proyectado sistema de compensación equitativa resulta de dudosa validez en términos de mercado interior.

Por tanto, el Legislador Comunitario era plenamente consciente en el momento en que se redactó la DDASI (y este punto también se toca el “*Libro Verde*” de la Comisión Europea) de que las medidas tecnológicas de protección aún estaban en un grado de desarrollo en que no podían evitar todas las reproducciones no autorizadas en el ámbito digital. No obstante, adivinando el desarrollo de nuevos modelos de negocio en el área de la explotación de contenidos en el ámbito digital, y reconociendo el papel fundamental que las medidas tecnológicas jugarían en este nuevo escenario, quisieron salvar a estas de la aplicación del límite de copia privada; es decir, de que los usuarios con una cierta habilidad informática sortearan legítimamente las medidas tecnológicas, o incluso que usuarios o grupos de usuarios/consumidores acudieran a los tribunales para exigir su levantamiento. Por supuesto, el Considerando 39, condiciona toda restricción del límite de copia privada a que las medidas tecnológicas sean “*eficaces*”; es decir, a que proporcionen a los titulares de derechos un control razonablemente efectivo sobre su obra.

En cuanto al articulado de la DDASI, su artículo 5.2 señala que “*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:...*”. La disposición es pues facultativa para los Estados miembros; no sólo por el uso del verbo “*podrán*”, sino también por contraposición directa con el punto 1 del mismo artículo 5, en el que respecto a las reproducciones provisionales (de las que hemos hablado ampliamente en este trabajo), se señala que “*estarán exentos [se refiere a los actos de reproducción provisional] del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2*”. Por lo tanto, mientras que la trasposición por parte de los Estados miembros del Artículo 5.2 de la DDASI resulta obligatoria, los Estados gozarán de la potestad de desarrollar o no desarrollar en sus respectivos ordenamientos jurídicos las limitaciones o excepciones enumeradas en el artículo 5.2 de la DDASI entre las que se encuentra, en su letra b), el límite de copia privada ¹⁴²⁰ :

“b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares

¹⁴²⁰ A pesar de la importancia histórica del tema, y a efectos de este trabajo, no vamos a detenernos a analizar ni en el ámbito del Derecho Comunitario, ni en el ámbito del derecho Español el tema de las reproducciones reprográficas que regula el artículo 5.2. a) de la DDASI. Es la única manera de abreviar ligeramente un trabajo necesariamente extenso; como no podría ser de otra manera dada la increíble complejidad del tema y sus numerosísimas ramificaciones.

*de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6”*¹⁴²¹.

En primer lugar, hay que señalar de nuevo que el límite de copia privada lo es al derecho de reproducción y no a ningún otro. Subrayar esto resulta necesario para desarrollar un argumento importante. Como señala GARROTE, durante la tramitación de la DDASI se sustituyó progresivamente la expresión “*uso privado exclusivamente personal*”, por la conocida y vigente “uso privado”¹⁴²². Como se puede deducir sin demasiado esfuerzo, bajo la primera redacción se habría restringido el límite a un ámbito estrictamente personal; es decir, el usuario habría tenido derecho a realizar copias privadas solamente para su propio uso y disfrute. Sin embargo, la segunda redacción según GARROTE “*incluye también el uso de la reproducción dentro del círculo familiar o cuasi familiar*”¹⁴²³. Pues bien, este es uno de los errores esenciales de la Directiva. Si consideramos que el límite de copia privada comprende actos realizados para uso privado exclusivamente personal, estamos realizando una interpretación que se corresponde con la historia y los fundamentos del límite, y que cubre perfectamente las necesidades que un usuario pueda tener en cuanto a la utilización de una obra con propósitos de “*space-shifting*”, “*format-shifting*” y similares.

Pero es que además, los propios usos de comunicación y distribución privada de una copia legítima realizada bajo el amparo del límite se hallan cubiertos por la propia configuración del derecho de distribución, que lo es “*al público*”¹⁴²⁴, y de comunicación y puesta a disposición “*al y del*

¹⁴²¹ El texto del artículo 5.2 b) evolucionó desde una primera redacción en que ni siquiera consideraba la distinción (y la diferencia) entre copias privadas analógicas y digitales, a una redacción sugerida por el Parlamento Europeo en que se prohibía completamente la copia privada digital en el caso de que la obra estuviese protegida por medidas tecnológicas de protección eficaces, a la redacción actual. Sobre este tema ver CASELLATI, ALVISE MARÍA, *The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive*, Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, vol. 24, 2001. Págs. 379 y ss.

¹⁴²² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, Op. Cit, Pág. 44. Señala GARROTE que la expresión “*uso exclusivamente personal*” era la utilizada en la Propuesta Inicial de la Comisión, y en la propuesta Modificada de la Comisión. Por otra parte, la expresión “*uso privado*” se introdujo en la Posición Común, y es la que finalmente se ha incluido en el articulado de la Directiva.

¹⁴²³ Ídem.

¹⁴²⁴ Artículo 4.1 de la DDASI: “*Derecho de distribución. 1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores, respecto del original de sus obras o copias de ellas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio*”.

*público*¹⁴²⁵ de la DDASI. Así, “*a contrario sensu*”, Todo acto o de distribución o de comunicación privada (es decir doméstica) estaría legalmente permitida al quedar fuera del ámbito de actuación de los titulares de cualquiera de los dos derechos.

Además, el derecho de distribución se encuentra limitado en la DDASI por la “*first sale doctrine*”¹⁴²⁶, con lo que el titular legítimo de una copia tangible de una obra podrá disponer de ella, enajenarla, regalarla, e incluso revenderla. Pero es que además el artículo 5.4 de la DDASI sí que permitiría el establecimiento de una excepción por parte de los Estados miembros en la que el tradicional e inocuo acto de “*grabar una cinta*” a un amigo, que implica la distribución no autorizada de una copia privada en soporte tangible a otra persona se encontrare permitida, puesto que señala este artículo que “*Cuando los Estados miembros puedan establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción en virtud de los apartados 2 y 3, podrán igualmente establecer excepciones o limitaciones al derecho de distribución previsto en el artículo 4, siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado*”. Sin embargo, no existe una norma similar relativa al derecho de comunicación o de puesta a disposición. Todas las limitaciones al derecho de comunicación aparecen como un “*numerus clausus*” en el artículo 5.3 de la DDASI, por lo que en principio, no encontrándose el límite de copia privada entre ellos, se podría colegir que las comunicaciones o las puestas a disposición de una copia que se hagan a un amigo a través de la Red P2P serían ilícitas de acuerdo con el Derecho Comunitario, pero (en teoría) serían lícitas las comunicaciones o puestas a disposición que se hagan a alguien que conviva

¹⁴²⁵ Artículo 3 de la DDASI. “Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas

1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:

- a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
- b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;
- c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;
- d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2.

¹⁴²⁶ Artículo 4.2 de la DDASI “*El derecho de distribución respecto del original o de copias de las obras no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento*”.

bajo el mismo techo, por ejemplo. ¿Y cómo se puede conocer por parte de los titulares de derechos esta circunstancia? Resulta de todo punto imposible. Por lo que se crea un problema donde no lo había, puesto que si el límite admite las “*comunicaciones privadas*”, se podrían incluso argumentar jurídicamente posiciones como las de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado en el sentido de que de las descargas de una red P2P son copias privadas; porque, ¿cómo se demuestra que no lo son con un término tan ambiguo legalmente como lo es “privado”?

Se realizará un estudio más detallado de los elementos del artículo 5.2 b) de la DDASI más adelante, en el marco de este análisis sobre el artículo 31.2 de la LPI, ya que, con la excepción quizá de la adición en la LPI del requisito de “*acceso legal*” a la obra, que no ha solucionado nada debido a su inconcreción ¹⁴²⁷, los elementos en este artículo, en su versión tras la modificación operada por la Ley 23/2006 son los mismos en la LPI y en la Directiva. Por ello, del artículo 5.2 b) de la DDASI reduciremos los siguientes elementos necesarios mínimos que han de estar presentes en la regulación por parte de los Estados miembros del límite de copia privada. Es decir, los elementos que necesariamente han de existir para que se considere que un acto de reproducción se puede subsumir dentro del tipo del límite, y por tanto sea un acto legítimo de copia privada. En este sentido, estos elementos restringen el ámbito de actuación del límite, y por tanto, ya en la propia DDASI se explicita que no todo acto de reproducción es subsumible en el límite de copia privada. Por supuesto, los Estados miembros podrán añadir elementos adicionales, como demuestra la realidad de las distintas legislaciones en el marco de la UE, y como veremos en breve al estudiar cómo se ha desarrollado la norma comunitaria en algunos de los Estados miembros más relevantes en términos de importancia y cercanía. Los elementos del límite que sí se encuentran en el artículo 5.2. b) de la DDASI son los siguientes:

- a. Su configuración no como un derecho subjetivo de los usuarios, sino como una limitación al derecho de reproducción de los autores, que aparece, no en la sección b) del artículo 5.2, sino en la parte general del propio artículo ¹⁴²⁸. Por tanto, de acuerdo

¹⁴²⁷ La Sentencia Elrincóndejesus.com se hace la diferencia entre legalidad del acceso y legalidad de la fuente, con los resultados ya conocidos: según la Sentencia la descarga de obras a través de redes P2P es copia privada y por tanto es legal.

¹⁴²⁸ El artículo 5.2 de la DASSI empieza, como hemos visto, de la siguiente forma: “*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos*”, para posteriormente realizar una enumeración de los límites que podrán ser facultativamente desarrollados por los Estados.

con la DDASI no existe un derecho subjetivo de copia privada, con todo lo que ello conlleva a efectos de su interpretación.

- b. El límite de copia privada se aplica en los actos de reproducción (es decir, como hemos visto más arriba, de fijación) realizados en todos los soportes. Así pues, el primero de los elementos necesarios del límite de acuerdo con el legislador comunitario no parece tanto un elemento restrictivo en sí mismo, sino más bien innecesario a primera vista, puesto que la definición misma del derecho de reproducción cubre ya la fijación en cualquier soporte. Parece más bien un intento del legislador comunitario por explicitar que el límite abarca tanto la copia privada analógica como la digital, y por tanto los ámbitos analógicos y digitales; o lo que es lo mismo: tanto las copias tangibles como las intangibles ¹⁴²⁹.
- c. La copia ha de estar efectuada por una persona física. Este ya es sin duda un elemento restrictivo del límite, puesto que excluye por defecto tanto a todas las personas jurídicas de cualquier ámbito, como a las agrupaciones “*de facto*” de personas físicas. Quiero decir que solamente un usuario considerado como un individuo o un ciudadano podría invocar los beneficios del límite. Todo lo que se salga de los límites de lo que consideramos como “una persona” queda fuera del ámbito de copia privada. Por tanto, y sin ánimo exhaustivo: ni un matrimonio, ni una familia, ni una comunidad de amigos, ni una comunidad religiosa, ni una asociación deportiva, ni una sociedad anónima o limitada, ni un sindicato, ni un partido político, ni el Estado, ni los entes incorpóreos (como por ejemplo las ánimas del purgatorio o “A Santa Compañía”) son beneficiarios del límite de copia privada, ni consecuentemente están obligados a compensar a los

¹⁴²⁹ El propósito inicial de los redactores de la DDASI era permitir solamente el límite de copia privada analógica. Sólo posteriormente, y muy a última hora (en el año 2000) el Consejo Europeo propuso expandir el límite a copia privada a “cualquier soporte”, que cubre además las reproducciones realizadas en formato digital; pero también las que se hagan en el futuro en cualquier hipotético nuevo formato. Así el artículo 5.2 b) de la originaria propuesta del Consejo se leía así:

“2. Los Estados miembros podrán establecer limitaciones del derecho exclusivo de reproducción previsto en el artículo 2 en los siguientes casos:

b) en relación con reproducciones en soportes de grabación sonora, visual o audiovisual efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines lucrativos”

Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información /* COM/97/0628 final - COD 97/0359 */. Diario Oficial n° C 108 de 07/04/1998 p. 0006.

autores por causa de tal beneficio ¹⁴³⁰ . El beneficio consistente en realizar la reproducción corresponde a la persona física: a Pepe, a Juan, o a Antonio.

- d. El uso que la persona física le dé a la copia realizada al amparo del límite ha de ser evidentemente privado. Por tanto, este punto (aunque sea a mí entender extremadamente conflictivo, porque como hemos visto, aunque definir lo que sea “*uso*” es tarea factible, resulta muy complicado definir lo que sea “*uso privado*”) delimita no obstante de nuevo “*a contrario sensu*” el ámbito del límite: los usos que se hagan por la persona física de la copia conseguida al amparo del límite no pueden ser públicos. Existen casos claros, en que los podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el uso que la persona física realice son públicos: no podría distribuir sus copias privadas por precio en el “top manta”, no podría exhibirlas en un cine, no podría retransmitirlas por la radio o por la televisión. No obstante, existen otros casos en que no queda tan claro si el acto realizado es público o no; como por ejemplo la puesta a disposición de un amigo de una copia privada (realizada con el resto de los requisitos del artículo 5.2. b) de la DDASI) a través de una red P2P, en el caso en que el amigo conozca el nombre de usuario en dicha red P2P de la persona física que puso a disposición la copia para su reproducción o descarga ¹⁴³¹ (hipótesis más que plausible dado el número de “*fakes*” existentes en estas redes). ¿Es esto un “*uso privado*”?
- e. La copia se ha de realizar sin fines directa o indirectamente comerciales ¹⁴³² . Este punto tampoco carece de cierta conflictividad conceptual, ya que lo que sean fines directa o indirectamente comerciales no se entiende de manera unánime ni por parte de la jurisprudencia ni por parte de la doctrina especializada. Por tanto, resulta asimismo difícil pretender que los ciudadanos usuarios tengan una idea clara sobre el alcance este punto. La concepción de lo que sean “*fines directamente comerciales*” parece resultar bastante más pacífica, ya que parece claro que la norma se refiere a la venta, alquiler,

¹⁴³⁰ En este sentido, como ya veremos, es expresa la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010 PADAWAN, S.L., contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), et al.

¹⁴³¹ Realizaremos un análisis mucho más amplio de este elemento (incluyendo las cinco opciones que se barajaron para su redacción final en la Directiva durante la tramitación de esta), cuando lo analicemos en el marco de la LPI.

¹⁴³² La Propuesta de Directiva hablaba de “*sin fines lucrativos*”. Ver nota nº 1419.

exhibición o comunicación por precio de la copia. En cuanto a los fines indirectamente comerciales, es otro concepto que se sirve “al gusto del consumidor”, ya que: ¿Es un fin indirectamente comercial el mantener una web de enlaces a copias de la obra, cuando el propietario de dicha web consigue pingües beneficios, ya sea por el cobro de una cuota, ya por el cobro de publicidad en su web? ¿Y qué ocurre con la definición clásica del lucro cesante? ¿No es un fin indirectamente comercial cuando el usuario no tiene que realizar un desembolso por la adquisición legal de una copia, cuando ha realizado una copia desde la copia de otro usuario, en su ámbito presuntamente privado? Como vemos resulta muy difícil delimitar estos métodos en la práctica, cuanto más en la norma.

- f. La condición necesaria de que los titulares de derechos reciban una compensación equitativa con motivo de la aplicación del límite de copia privada. En puridad este elemento no es delimitador del concepto del ámbito de aplicación del límite de copia privada, aunque es consecuencia necesaria de su aplicación por razón de su fundamento. Es decir, de aplicarse el límite de copia privada, necesariamente se ha de aplicar la compensación equitativa que repare en parte los perjuicios económicos sufridos por los titulares de derechos por razón del mismo. Evidentemente, todo derecho de propiedad (y los derechos de explotación emanados del Derecho de Autor son, como hemos visto, derechos de propiedad, si bien limitados en algunos aspectos; verbigracia: en su duración) implica unas facultades para el titular de tal derecho, reconocidas por el ordenamiento jurídico sobre la cosa objeto de ese derecho de propiedad (y la obra, en puridad legal es la cosa en ámbito del Derecho de Autor). Si se hace uso de tal propiedad sin autorización del propietario, y sin compensarle, ni siquiera podríamos hablar de expropiación, ya que esta implica el pago de un justiprecio al titular del derecho de propiedad por parte de la Administración del Estado que haya realizado la expropiación ¹⁴³³, sino de una privación injusta del derecho de

¹⁴³³ Artículo 25 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

propiedad, incompatible con la seguridad jurídica y con las mínimas exigencias del estado de derecho ¹⁴³⁴ .

- g. La consideración de que la obra se encuentre o no protegida por medidas tecnológicas, que se ha de tener en cuenta para ver si el límite rige para un acto de reproducción determinado. Este es un elemento restrictivo del anterior, puesto que si la obra estuviera protegida por medidas tecnológicas que impidieran la copia privada, lógicamente el titular de derechos no tendría derecho a la compensación equitativa por razón de su realización, puesto que en tal caso el titular de derecho se beneficiaría doblemente: por la explotación normal de su obra que de manera voluntaria y eficiente ha colocado extramuros del ámbito de actuación del límite de copia privada, y por la recepción de la compensación equitativa destinada a los titulares de derechos cuyas obras no se hallan protegidas de manera eficiente mediante el uso de medidas tecnológicas.

¹⁴³⁴ Existe un Informe de la Comisión Europea Sobre los Cánones por Copia Privada de 17 de febrero de 2014, (2013/2114(INI)) que desemboca en una Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, y cuyo ponente es FRANÇOISE CASTEX. El Informe en su punto 6 “*Considera que el sistema de copia privada representa un sistema virtuoso y equilibrado entre la excepción relativa a la copia para uso privado y el derecho a remuneración equitativa de los titulares de derechos, y que resulta sensato mantenerlo, especialmente en aquellas casos en los que los titulares de los derechos no están en situación de autorizar directamente la reproducción en múltiples dispositivos; opina que no existe a corto plazo ninguna alternativa a este sistema equilibrado; hace hincapié en que deben llevarse a cabo debates a largo plazo con el fin de hacer una evaluación permanente del sistema de copia privada teniendo en cuenta los avances producidos en los ámbitos de lo digital y del mercado y el comportamiento del consumidor y, en la medida de lo posible, de explorar posibles alternativas capaces de lograr un equilibrio entre la excepción relativa a la copia por parte de los consumidores y la compensación de los creadores*”. En su punto 29 el Informe “*Subraya que la excepción relativa a la copia privada debe aplicarse a determinados servicios en línea, incluidos algunos servicios de computación en nube*”, lo cual es una barbaridad, puesto que precisamente la reproducción de copias digitales en los servicios de computación en la nube es un acto que debería estar autorizado directamente por los titulares de derechos. Este desastroso Informe no obstante, y afortunadamente también señala en su punto 28 que “*Observa que, a pesar de existir ciertas posibilidades de acceso en tiempo real a las obras, se mantienen las prácticas de la descarga de contenidos, del almacenamiento y de la copia privada; considera, por ello, que un sistema de canon por copia privada sigue siendo pertinente en la red; subraya, no obstante, que siempre debe darse preferencia a los modelos de concesión de licencias que beneficien a todos los titulares de derechos si no se permite ninguna copia de las obras protegidas por derechos de autor en ningún soporte ni dispositivo*”. Es decir, que da preferencia a las licencias entre usuarios y titulares de derechos de explotación en los que estos últimos prohíban contractualmente la realización de copias privadas. El Informe supone un acto de buena voluntad que aspira a regular el intervalo entre el presente y elemento en que el derecho de acceso sea ubicuo. Responde el Informe a la concepción errónea de que los Estados han de intervenir en el desarrollo de la Sociedad de la Información en algo más que en la facilitación del desarrollo de sus infraestructuras y en la represión de los ilícitos cometidos en su seno. Parece ser que el caso español no les ha convencido aún de que el límite de copia privada no sirve para el ámbito digital. El Informe asimismo loa las bondades del sistema de canon digital en aparatos y soportes; aunque recomienda que los sujetos pasivos sean los fabricantes y no los minoristas (punto 17). Personalmente, el Informe me parece un paso atrás, y espero que no desemboque en algo parecido a la obligatoriedad en el seno de los Estados miembros de la UE del reconocimiento del límite de copia privada.

- h. El elemento de cierre, de revisión o, examen de las consecuencias de la aplicación del límite a un caso determinado: “*la regla de los tres pasos*”. Si la aplicación del límite de copia privada a un caso determinado representa de hecho y en la práctica un menoscabo injustificable para su titular en el ejercicio de sus derechos de explotación, entonces el límite resulta contrario a derecho y es anulable en el plano técnico-jurídico.

En suma, existe una regulación mínima de los elementos del límite de copia privada en la DDASI que, como señala CASAS VALLÉS, deja fuera exigencias o elementos adicionales (e importantes)¹⁴³⁵. Como consecuencia de lo anterior, algunos elementos que no se recogen en la DDASI aparecen en la redacción del límite que aparece en la LPI (como por ejemplo la necesidad de haber tenido acceso legítimo a la obra), y algunos no lo hacen (la exigencia de servirse de medios propios para realizar la copia privada).

5. **El límite de copia privada en otros países de nuestro entorno.**

5.1 **Estados miembros de la Unión Europea**¹⁴³⁶.

La consideración del límite de copia privada por parte de la DDASI como de desarrollo facultativo por parte de los Estados miembros ha provocado que en el seno de la UE convivan Estados que reconocen el límite de copia privada de forma tan restrictiva que ni siquiera existe una compensación equitativa (Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo, Malta y Chipre), con otros, como España, en que el límite no solo se reconoce (o se reconocía) con excesiva amplitud en su ámbito de aplicación, sino además se ha desvirtuado su significado oficial. Para HUGENHOLTZ, esta circunstancia se debe a las excesivas preferencias hacia el compromiso que ocurrieron durante la negociación de la DDASI, lo cual ha resultado en que en ella, la redacción del límite terminara

¹⁴³⁵ CASAS VALLÉS, RAMÓN, *La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España*, [Artículo en Línea], UOC, Pág 12. Disponible en <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>. , (consultado por última vez el 29 de noviembre de 2011).

¹⁴³⁶ Por razones de brevedad, sólo analizaremos algunos de los países miembros de la UE, concretamente los de mayor peso específico, o más cercanos a España. Para un estudio detallado sobre la transposición de la DDASI a las legislaciones nacionales de la UE, consultar el excelente trabajo de WESTKAMP, GUIDO, *The implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Queen Mary Intellectual Property Institute, Londres, 2007.

resultando notablemente genérica¹⁴³⁷. Por tanto, existen diferentes y variopintas construcciones del límite de copia privada a lo largo y ancho de la Unión Europea. Con la excepción de los países ambos citados, el artículo 5.2. b) se ha traspuesto de manera más expansiva o más restrictiva en Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Holanda, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, y Suecia.

Obviamente, los países que no han adoptado el límite de copia privada en sus legislaciones, tampoco han previsto un sistema de compensación equitativa, que según el artículo 5.2 b) de la DDASI resulta de obligatorio establecimiento una vez que un Estado miembro haya traspuesto el límite a su legislación nacional¹⁴³⁸. Este hecho provoca, a mi modo de ver, no sólo que en los países que en los que no se ha adoptado el límite la protección a los autores y asimilados legales sea mayor, sino que además este origine profundas desigualdades tanto para los usuarios como para los titulares de derechos en lo referente al desembolso o a la percepción respectivamente de los fondos destinados a la compensación equitativa. Así lo piensan también BECKER y KREILE: *“...la Unión Europea (UE), cuyo empeño constante es suprimir las fronteras internas entre sus Estados miembros, tendrá que despejar un obstáculo particularmente difícil e incómodo en el camino hacia una Europa libre, justa y equitativa: el trato desigual de la copia privada, que distorsiona la competencia. A estas alturas, es muy probable que todo el mundo se haya dado cuenta de que no es aceptable que más de la mitad de los ciudadanos de la UE se vean obligados*

¹⁴³⁷ “La Directiva es una deficientemente redactada, llena de compromisos, y ambigua pieza de legislación. No incrementa la “seguridad jurídica”; un objetivo que se señala repetidas ocasiones en los Considerandos de la Directiva (considerandos 4, 6, 7 y 21), sino que en su lugar crear nuevas inseguridades mediante el uso de una redacción vaga y en algunas ocasiones casi ininteligible. [...] Si la Directiva no produce demasiada seguridad jurídica, sus resultados son aún peores en términos de aproximación [legislativa entre los Estados miembros]. Esto es penosamente visible en la “pièce de résistance” de la directiva: el artículo cinco sobre limitaciones al Derecho de Autor. A la Comisión le ha salido el tiro por la culata a la hora de restringir el número de limitaciones al mínimo, enumerándolas de manera exhaustiva. En el curso de las negociaciones en el grupo de trabajo del Consejo los Estados miembros se las han arreglado para mantener la mayoría, sino todas, las limitaciones actualmente existentes en sus respectivas legislaciones nacionales. Consecuentemente, el artículo cinco ahora enumera no menos de veinte excepciones posibles. ¡Vaya con la lista exhaustiva!”. “The Directive is a badly drafted, compromise-ridden, ambiguous piece of legislation. It does not increase ‘legal certainty’, a goal repeatedly stated in the Directive’s Recitals (Recitals 4, 6, 7 and 21), but instead creates new uncertainties by using vague and in places almost unintelligible language [...] If the Directive does not produce much legal certainty, it does even less in terms of approximation. This is painfully visible in the pièce de résistance of the Directive, article 5 on copyright ‘exceptions’. The Commission’s original aim of limiting the number of exemptions to a bare minimum, enumerated in an exhaustive manner, has backfired dramatically. In the course of the negotiations in the Council Working Group the Member States have managed to maintain most, if not all, of the limitations currently existing in national law. Thus, article 5 now lists no fewer than 20 possible exemptions. An exhaustive list indeed!”. HUGENHOLTZ, BERNT, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR vol. 11, 2000, pp. 501-502. (Traducción del autor).

¹⁴³⁸ Artículo 5.2 b): “...siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa...”

a pagar regalías como medio de compensación por la copia privada, esto es, por la compra y el uso de grabadores de audio y vídeo y/o de casetes vírgenes u otros soportes, con objeto de garantizar la protección de los creadores y sus obras, mientras que otros ciudadanos de la UE no tienen la obligación de hacerlo” ¹⁴³⁹ . Esta desigualdad se hará también patente entre los fabricantes de aparatos capaces de realizar copias, y de soportes vírgenes, además de entre los titulares de derechos por mor de la distribución de la retribución en cada país miembro de la UE, como veremos ¹⁴⁴⁰ . Mientras que los titulares de derechos nacionales de países en que no existe la copia privada, y por tanto tampoco la compensación equitativa, tienen derecho a una parte proporcional del reparto de lo recaudado en los países en los que sí que existe, los titulares de derechos de los países en los que existe el límite de copia privada y su compensación equitativa aparejada, no gozan de la misma situación en los países en los que la compensación equitativa no existe, puesto que en ellos nada se reparte.

Pasemos a ver someramente como se ha desarrollado el límite (o no) en algunos de estos Estados miembros.

5.1.1 Alemania

Se ha mencionado aquí que tanto el límite de copia privada como su paralelo sistema de compensación equitativa tienen en Alemania no sólo su regulación más antigua (1965), sino también la más exhaustiva puesto que desde 1965 se aplica un canon tanto a los soportes como a los aparatos capaces de realizar o albergar reproducciones domésticas ¹⁴⁴¹ . La Sección 53.1 de la Ley de protección sobre derechos de autor y derechos conexos de 9 de septiembre de 1965 ¹⁴⁴² , según la modificación realizada por la Ley de Regulación del Derecho de Autor en la Sociedad de

¹⁴³⁹ BECKER, JURGEN; KREILE REINHOLD, *La legitimación, la práctica, y el futuro de la copia privada. Un artículo en que se utiliza como ejemplo el sistema de la copia privada en Alemania*, e-boletín de Derecho de Autor, abril-junio 2003. Pág. 3.

¹⁴⁴⁰ En este sentido, ver Ídem. Pág. 6.

¹⁴⁴¹ BECKER, JURGEN; KREILE REINHOLD, Op. Cit. Pág 3.

¹⁴⁴² *Gesetz uber Urheberrecht und verwandte Shultzretche* en el original. Traducción aproximada del autor utilizado varios programas de traducción online como por ejemplo, <http://translation.babylon.com/german/to-spanish/> y http://translate.google.com/translate_t?hl=en&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.r_qf.,cf.osb&biw=1249&bih=574&wrapid=tli f133366944231710&q=Schutz&um=1&ie=UTF-8&sl=de&tl=en&sa=X&ei=YC5-T_fTKIjq9AT1uP3WDg&ved=0CC4QrgYwAA#.

la Información ¹⁴⁴³ de 10 de septiembre de 2003, es la que transpone para Alemania el artículo 5.2 (b) de la DDASI. El texto de la sección 53 es el siguiente ¹⁴⁴⁴ :

“Reproducción para uso privado y usos propios.

(1) Está permitida la producción de copias aisladas de una obra por una persona natural para uso privado en cualquier soporte, siempre que éstas no se utilicen directa o indirectamente para fines comerciales, y que no sean hechas a partir de una reproducción que hubiera sido puesta a disposición del público de forma obviamente ilícita. El autorizado a realizar la reproducción puede encargarla a un tercero, siempre que esto suceda sin contraprestación económica o se trate de una reproducción en papel o en un soporte similar a través de cualquier procedimiento fotomecánico u otro procedimiento con similar resultado.

(2) Está permitida la producción propia o por tercero de copias aisladas de una obra:

- 1. para uso científico propio, cuando la reproducción esté destinada a ese fin;*
- 2. para la incorporación a un archivo propio, cuando la reproducción esté destinada a ese fin y se realice a partir de un original o copia propia;*
- 3. para la enseñanza sobre temas de actualidad, cuando se trate de una obra transmitida a través de las ondas;*
- 4. para otros usos propios*

a) si se trata de pequeños fragmentos de una obra publicada, o de artículos aislados, que hayan sido publicados en periódicos o revistas,

b) si se trata de una obra agotada hace más de dos años. Esto es válido en el caso de la frase 1ª del número 2 cuando adicionalmente:

¹⁴⁴³ Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. Ídem.

¹⁴⁴⁴ Utilizo la traducción que se puede encontrar en GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Nota nº 662. Pág 142. En honor a la brevedad, no incluiré en este trabajo versiones originales de ninguno de estos artículos, excepto los que se hayan redactado originariamente en inglés. La razón es obviamente que todas las traducciones de la lengua de Shakespeare contenidas en este trabajo son mías, por lo que considero necesario incluir el original para evitar en lo posible el célebre dicho italiano que reza “traduttore, traditore!”. No obstante, cuando el original se halle en lengua distinta del inglés, sí incluiré la fuente de la que he sacado la traducción. La versión original en inglés de la OMPI se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126255, (visitada por última vez el 7 de abril de 2012).

1. La reproducción en papel o en un soporte similar se realice a través de cualquier procedimiento fotomecánico u otro procedimiento con similar resultado;

o 2. Tiene lugar una utilización exclusivamente analógica;

o 3. El archivo no persigue ninguna finalidad directa o indirectamente comercial.

Esto es válido en los casos de la frase 1ª, número 3 y 4, solamente cuando de manera adicional esté presente una de las condiciones de la frase 2ª, número 1 o 2.

(3) Está permitida la producción de copias para uso propio de pequeños fragmentos de la obra, de obras de reducido alcance, o de artículos aislados, que hayan sido publicados o divulgados en periódicos o revistas: en la escuela, en instalaciones de formación reconocidas por el Estado, así como en instalaciones de formación profesional en el número necesario para la clase o; para la realización de exámenes estatales y en escuelas, institutos o instalaciones de formación reconocidas por el Estado, así como de formación profesional en el número necesario, siempre que la reproducción sea destinada a este fin”

El derecho alemán así, diferencia las copias realizadas para uso privado de las realizadas para usos propios, “*siendo estas admisibles bajo condiciones más estrictas. Aquellas [las copias privadas en sentido estricto similar al español] benefician a personas naturales, y deben estar destinadas al ámbito doméstico o círculo de amigos, en ningún caso a fines profesionales o comerciales. Por el contrario, las excepciones para uso propio sí que admiten usos dentro del ámbito interno de la empresa o institución de que se trate*” ¹⁴⁴⁵ . Esta diferenciación no existe en nuestro derecho. Por otra parte, como en el caso de España, la Ley no hace distinciones entre copia privada analógica y digital. Esto es porque “*Según el Gobierno Federal, la paridad de trato establecida por la ley entre la copia digital y la analógica se basa en la idea de que, mientras resulte imposible controlar la copia para uso privado, una prohibición de la copia privada no puede aplicarse en la práctica, independientemente del hecho de que la técnica de copia utilizada sea similar*” ¹⁴⁴⁶ .

¹⁴⁴⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 156.

¹⁴⁴⁶ BECKER, JURGEN; KREILE REINHOLD, Op. Cit. Pág. 21.

Pero lo que realmente resulta relevante a efectos de este trabajo es por supuesto la Sección 53.1, que sería el equivalente al artículo 31.2 de nuestra LPI. La regulación del límite de copia privada en Alemania goza por tanto de una redacción bastante más afortunada de la se puede encontrar en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, fundamentalmente si consideramos que especifica que no se considerarán copias privadas las “*hechas a partir de una reproducción que hubiera sido puesta a disposición del público de forma obviamente ilícita*”; elemento legal este que descarta la calificación de copia privada a reproducciones efectuadas desde copias puestas a disposición del público mediante redes P2P o similares de manera mucho más precisa que el vago requisito de “*acceso legal*” introducido en nuestro artículo 31.2 por parte de la ley 23/2006.

LÓPEZ RICHART nos explica que este punto fue objeto de un intenso debate en el país germano:

“En Alemania, una de las cuestiones más debatidas en el curso de la transposición de la Directiva 2001/29/CE fue la de si debía ser un requisito de la excepción de copia privada que ésta se hubiese realizado a partir de una fuente lícita. Ésta era la posición sostenida por el Bundesrat, mientras que el Gobierno y el Bundestag se oponían a ella, porque la prohibición de las copias privadas realizadas a partir de una fuente ilegal no podía ser controlada, lo que debilitaría el funcionamiento y la credibilidad del sistema, además de que ello significaría excluir dichas copias del sistema de remuneración compensatoria. Finalmente, se llegó a la solución de compromiso en la ley de transposición de la Directiva recogida en el § 53(1) UrhG, consistente en excluir de la noción de copia privada aquellas que se hayan obtenido a partir de un modelo realizado de modo «manifiestamente ilícito» («eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage»). Sin embargo, la fórmula empleada no hizo sino dejar abierto el debate, porque al poner el acento exclusivamente en el hecho de que la fuente haya sido producida de manera ilícita permitiría excluir aquellos casos en que ésta se ha producido de forma lícita y luego se ha puesto a disposición del público sin el consentimiento del autor en una red de intercambio de archivos. La ley de 26 de octubre de 2007, conocida con el nombre de Zweiter Korb, parece haber querido zanjar la cuestión añadiendo un nuevo inciso al § 53 UrhG en virtud del cual se excluyen de la noción de copia privada también las que se hayan puesto a

*disposición del público de modo manifiestamente ilícito («offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage»)*¹⁴⁴⁷.

Así pues la primera versión del artículo (obviamente del artículo que trasponía la DDASI), la del año 2003, requería que para que entrara en juego la limitación la reproducción no se hubiera hecho a partir de un “*patrón manifiestamente ilícito*”, y esta redacción se introdujo para eliminar de los supuestos de hecho cubiertos por la regulación normativa del límite las descargas realizadas a través de redes P2P o similares. Para CABRERA BLÁZQUEZ “*esta regla causa[ba] una cierta inseguridad jurídica, ya que en el caso de intercambio de ficheros vía P2P la oferta es ilícita (como hemos visto), pero la copia ofrecida al público no ha sido producida de manera manifiestamente ilícita, ya que en muchos casos se trata de una copia privada del oferente*”¹⁴⁴⁸. Sobre el mismo punto, GARROTE explica que “*una cosa es que el ejemplar haya sido producido de forma ilícita y otra muy distinta que haya sido puesto a disposición del público de forma ilícita*”¹⁴⁴⁹. Es por ello que se modificó la redacción del artículo a que las copias privadas “*no sean hechas a partir de una reproducción que hubiera sido puesta a disposición del público de forma obviamente ilícita*”. Con esta modificación se intenta especificar que las copias privadas que se cuelgan en redes P2P no proceden de una fuente lícita. Además la Sección 53.5 señala expresamente que “*las copias hechas con propósitos [de uso] privados, no deben ser puestas a disposición del público o ser explotadas de otra manera, lo cual excluye inicialmente el uso de tales copias en sistemas de intercambio de archivos*”¹⁴⁵⁰. Por lo tanto el intercambio de archivos en Alemania queda en principio fuera del ámbito de la limitación de copia privada en el propio texto legal, lo cual excluye futuras distorsiones en cuanto al ámbito de aplicación del límite.

¹⁴⁴⁷ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁴⁴⁸ CABRERA BLÁZQUEZ, FRANCISCO JAVIER, *Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P*, Ponencia expuesta en el «Congreso Internacional de Copia Privada y Piratería de Obras protegidas por Derecho de Autor», 2006. Pág. 3

¹⁴⁴⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2011. Pág. 52. Referenciando a VON LEWINSKI, SILKE, «The implementation of the Information Society Directive into German Law» RIDA, núm. 202, 2004

¹⁴⁵⁰ “Copies made for private purposes must not be made available to the public or otherwise exploited, which initially excludes the use of such copies in file sharing systems (§ 53 (5))” WESTKAMP, GUIDO, *The implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Queen Mary Intellectual Property Institute, Londres, 2007. Pág. 224. (Traducción del autor).

WESTKAMP nos advierte que en Alemania, la propia doctrina se encontraba dividida al considerar unos que la copia privada era un derecho derivado del derecho fundamental de información; mientras que otro sector doctrinal entendía que estábamos hablando de un límite al derecho de propiedad ¹⁴⁵¹. El propio legislador alemán se encargó de aclarar que estábamos ante un límite al derecho de propiedad: *“Por consiguiente, no se puede determinar un derecho a realizar copias privadas. En comparación con otras limitaciones, la defensa de copia privada no se basa en ninguna garantía constitucional en relación con la libertad de información, etc..., y tampoco refleja una política de los poderes públicos concerniente a asegurar la participación [de los ciudadanos] en la vida cultural. Se basa en que problemas relativos a la privacidad nos dicen que la aplicación coactiva de la norma [de los derechos de explotación] sería desproporcionada”* ¹⁴⁵². Por tanto en Alemania se explicita que no nos hallamos ante un derecho de los usuarios, sino de un límite al derecho de reproducción que se fundamenta en la imposibilidad de control de los actos de reproducción no autorizados de los usuarios en el ámbito privado.

El número máximo de copias que se puede realizar a beneficio del límite de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán es de siete, número mágico que, que yo sepa, no obedece a ninguna razón práctica ¹⁴⁵³. Hay que recordar que empresas actoras en mercado, como por ejemplo APPLE con su tienda digital de contenidos en línea iTunes, permiten realizar al usuario reproducciones ilimitadas (en disco CDR, o DVDR, en lo concerniente a aparatos portátiles sólo se pueden usar cinco aparatos simultáneamente para cada cuenta).

Por último, el límite de copia privada en Alemania está sujeto a un canon sobre soportes vírgenes y aparatos. La compensación va a las Entidades de gestión alemanas que las distribuyen entre los artistas ¹⁴⁵⁴. WESTKAMP advierte que este sistema será sustituido por otro en que las partes implicadas negociarán el importe del Canon, y como máximo el Gobierno establecerá un límite para ciertos aparatos, como por ejemplo los ordenadores personales ¹⁴⁵⁵. La inclusión de los

¹⁴⁵¹ WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 240.

¹⁴⁵² “Accordingly, no right to make private copies can be ascertained. In comparison to other limitations, the private copying defence is not based on any constitutional guarantees as regards freedom of information etc, and neither does it reflect a public policy concerns for ensuring participation in cultural life. It is based on privacy concerns in that enforcement would be disproportionate” WESTKAMP, GUIDO, Ídem. (Traducción del autor).

¹⁴⁵³ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER. Op. Cit. Pág. 145.

¹⁴⁵⁴ Sección 54 ff. UrhG.

¹⁴⁵⁵ WESTKAMP, GUIDO, Ídem. Pág 231.

ordenadores personales entre los soportes o aparatos sujetos al canon es otra de las diferencias con España, donde estos aparatos se excluían antes de la reforma de entre los sujetos al canon digital (y podemos aventurar que de haberse incluido la recaudación hubiera sido mucho mayor).

5.1.2 Austria

En Austria, la Sección 42 del Código Federal de Derechos de Autor en Obras de Literatura, Arte y Derechos conexos ¹⁴⁵⁶ codifica el límite de copia privada:

*“42. (1) Cualquiera persona puede hacer copias de una obra para su uso personal.
(2) Sujeto a los párrafos (3) y (4) [limitaciones para motivos educacionales y para archivos], una copia realizada con el propósito de poner la obra a disposición del público no constituirá reproducción para uso personal. Las copias que se usen para uso personal no se pueden utilizar con el propósito de poner la obra a disposición del público”* ¹⁴⁵⁷.

Este enunciado de la norma responde a la reforma practicada en el año 2003 con el objeto de trasponer la DDASI. Según GARROTE *“En Austria se admitía en general la reproducción para uso personal, lo que según la doctrina dominante en aquel país incluía también las reproducciones efectuadas por personas jurídicas e incluso las realizadas con fines comerciales, siempre que fueran copias aisladas”* ¹⁴⁵⁸. No obstante, WESTKAMP señala que tras la trasposición de la norma el límite de copia privada sólo es aplicable a personas naturales. Esto es porque *“El uso privado significa uso personal en conexión con [un ámbito] privado (por ejemplo a efectos domésticos) lo cual excluye las personas jurídicas, y lo cual se interpreta como que también*

¹⁴⁵⁶ *Bundesgesetz über das Urheberrecht an werken der literature un der kunst und über verwandte schultzrechte. Traducción del autor del inglés: “Federal Law on Copyright in Works of Literature and Art and on Related Rights”* (BGBl. No. 111/1936, enmendada por última vez por [BGBl. I No. 25/1998]). Encontrada en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=124840 (visitada por última vez el 5 de abril de 2012).

¹⁴⁵⁷ *“42.—(1) Any person may make single copies of a work for personal use. (2) Subject to paragraphs (3) and (4), a copy made for the purpose of making the work available to the public shall not constitute reproduction for personal use. Copies made for personal use may not be used for the purpose of making the work available to the public”*. Traducción del autor de la versión en inglés de la OMPI, que se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=124840, (visitada por última vez el 7 de abril de 2012).

¹⁴⁵⁸ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 201. Pág. 49. Citando a WALTER, MICHEL, «The Implementation of the Infosoc-Directive in Austria», RIDA, núm. 2004, Pág 61.

permite la transferencia [de la copia] a miembros de la familia y amigos cercanos” ¹⁴⁵⁹. Además las copias realizadas al amparo del límite no deben usarse para fines comerciales directos o indirectos.

La referencia “una copia realizada con el propósito de poner la obra a disposición del público no constituirá reproducción para uso personal. Las copias que se usen para uso personal no se pueden utilizar con el propósito de poner la obra a disposición del público” es una referencia al intercambio de ficheros para la Redes P2P ¹⁴⁶⁰. CABRERA BLAZQUEZ entiende que esta aclaración es positiva e incluso redundante, puesto que el derecho de comunicación pública ya cubría suficientemente este supuesto ¹⁴⁶¹. No obstante, GARROTE piensa que el artículo “No resuelve la cuestión de si es lícito reproducir una obra que previamente ha sido puesta de forma ilícita a disposición del público, es decir, si son copias privadas las que los usuarios descargan de redes P2P, pero no comparten con otros usuarios” ¹⁴⁶². WESTKAMP es de la misma opinión: “Dado que la implementación [de la DDASI] austriaca no clarifica si la copia fuente debe de ser legal en el contexto de la respectiva defensa de copia privada, es posible –al menos bajo el texto legislativo- que las personas que se descarguen obras subidas ilegalmente puedan apoyarse en la defensa de uso privado” ¹⁴⁶³. Aunque WESKAMP también nota la división de la doctrina en este punto y que “Como la copia privada está sujeta a un canon, esto significaría que los autores podrían pedir la compensación para los aparatos pertinentes que sean capaces de realizar copias; por ejemplo, los discos duros de los ordenadores personales. Este no es el caso” ¹⁴⁶⁴. Es decir, que puesto que los ordenadores personales no están gravados por el canon, parece claro que este

¹⁴⁵⁹ “Private use means personal use in connection which private (i.e. domestic purposes) which excludes legal entities, which is taken to also allow the transfer to family members and close friends”. WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 111 (Traducción del autor).

¹⁴⁶⁰ Así lo entiende CABRERA BLÁZQUEZ, FRANCISCO JAVIER, Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P, Ponencia expuesta en el «Congreso Internacional de Copia Privada y Piratería de Obras protegidas por Derecho de Autor», 2006. Pág. 4.

¹⁴⁶¹ Ídem.

¹⁴⁶² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 201. Pág. 49. Citando a WALTER, MICHEL, «The Implementation of the Infosoc-Directive in Austria», RIDA, núm. 2004, Pág 63.

¹⁴⁶³ “Given that the Austrian implementation does not clarify whether the source copy must be legal in the context of the respective private copying defence, it is possible – at least under the statutory text – that persons downloading illegally uploaded works may rely upon the private use defence”. WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 108. (Traducción del autor)

¹⁴⁶⁴ “Since private copying is subject to levies, this would mean that authors can claim compensation for eligible copying devices, i.e. hard disks on personal computers. This is currently not the case”. WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 111. (Traducción del autor).

no tiene como objeto compensar a los autores por los actos de reproducción no autorizada que se llevan a cabo a través de las redes P2P. De nuevo observamos buenas intenciones legislativas en especificar de manera adecuada el alcance del límite, y de nuevo vemos que este es extremadamente difícil de adecuar a la realidad de la era digital, y que además existe en la doctrina especializada y en la jurisprudencia un considerable “*desorden conceptual*” sobre el alcance verdadero del límite, no digamos ya entre los usuarios. Como hemos visto, en nuestro país, donde los ordenadores personales tampoco se encontraban entre los aparatos sujetos al canon digital, la interpretación adoptada entre otros por la Fiscalía General del Estado resultó ser exactamente la contraria.

Por su parte la Sección 42ª permite encargar a un tercero la realización de una sola copia para uso personal, siempre que no este no cobre por la realización de la copia:

“42.a Se puede realizar una sola copia, encargada y sin cobrar, para el uso personal de otra persona. Dicha reproducción se permitirá, no obstante, incluso si se hace por precio:

- 1. donde la reproducción se haga por medio de reprografía o método similar;*
- 2. donde una obra de literatura o música se copie a mano”* ¹⁴⁶⁵ .

La legislación austriaca también reconoce un canon digital en aparatos capaces de realizar copias, y en soportes vírgenes. El objeto de esta compensación es el de resarcir ciertos tipos de actos entre los que se incluye la copia privada. Lo recaudado se distribuye por sociedades de gestión colectiva, que negociarán con las organizaciones de usuarios el importe del canon, así como qué aparatos o soportes gravará este ¹⁴⁶⁶ .

Por último, resulta obligatorio al menos mencionar que en los tribunales de Austria se origina la controversia, y se plantea ante el TJUE la cuestión prejudicial que da origen a la Sentencia del

¹⁴⁶⁵ “42a. Single copies of a work may also be made, free of charge and on order, for the personal use of another person. Such reproduction shall, however, be permissible even if made for payment: 1. where reproduction is by reprography or a similar method; 2. where a work of literature or music is copied by hand”. Traducción del autor de la versión en inglés de la OMPI, que se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=124840, (visitada por última vez el 7 de abril de 2012).

¹⁴⁶⁶ WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 114.

TJUE de 27 de marzo de 2014 ¹⁴⁶⁷ (en adelante Sentencia UPC), que sin duda resultará de gran relevancia en la lucha contra la piratería. Aunque no entraremos a fondo en esta Sentencia diremos que sus novedades máximas son que por vez primera se considera a los proveedores de conexión de Red como “intermediarios”, y que permite la petición a un juez como medida cautelar el bloqueo de una determinada web ilícita.

5.1.3 **Bélgica**

En Bélgica la Ley relativa al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos de 30 de junio de 1994, modificada por la Ley de 3 de abril de 1995. ¹⁴⁶⁸, en su artículo 22 (1), punto 5º, proclama la imposibilidad legal de que los autores prohíban los actos de reproducción dentro del círculo estrictamente familiar de usuario. El punto 3 hace otro tanto con los actos de comunicación de una obra:

“Artículo 22 (1) una vez se haya publicado legalmente, su autor no puede prohibir:
3. la comunicación [de la obra] libre y privada dentro del círculo familiar;
5. Las reproducciones de obras sonoras e audiovisuales hechas dentro del círculo familiar y dirigidas exclusivamente a ese círculo” ¹⁴⁶⁹

En Bélgica los tribunales han dictado sentencias en el sentido del siguiente párrafo:

“La excepción (copia privada) significa únicamente (de manera negativa) que no es necesario obtener una autorización del titular del Derecho de Autor para poder efectuar una copia privada. En este sentido, la copia privada es una simple causa de inmunidad garantizada por la ley (...) Basta con leer el índice de la LDA para comprobar que la copia

¹⁴⁶⁷ Asunto UPC Telekabel Wien GmbH y Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db2c6e1e5ed1624846a7b684de21bbdd69.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNahj0?text=&docid=149924&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=firts&part=1&cid=146123>. (Consultado por última vez el 29 de marzo de 2014).

¹⁴⁶⁸ Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins (du 30 juin 1994, modifiée par la loi du 3 avril 1995).

¹⁴⁶⁹ “Art. 22 (1) 1 Once a work is been lawfully published, its author may not prohibit: 3. Free and private communication within the family circle; 5. Reproductions of sounds and audiovisual works made within the family circle and exclusively intended for that circle.” http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125254 (visitada por última vez el 7 de abril de 2012). Traducción del autor de la versión en inglés de la OMPI. Traducción del autor de la versión en inglés de la OMPI. La versión original de la Ley en francés se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125256, (visitada por última vez el 7 de abril de 2012).

privada no es un derecho sino una excepción ¹⁴⁷⁰ . [...] *La excepción significa únicamente (de manera negativa) que no es necesario obtener una autorización del titular de los derechos conexos para poder efectuar una copia. [...] La consecuencia legal de esta excepción es que la copia privada no puede ser considerada como una violación del Derecho de Autor, de tal manera que no podrá ejercitarse ninguna acción judicial contra todo aquél que la realice [...]. En este sentido, la copia privada es una simple causa de inmunidad garantizada por la ley*” ¹⁴⁷¹ .

Es decir, que la jurisprudencia belga ha dejado también muy claro que la copia privada es un límite (aunque la sentencia la llame excepción, esta nomenclatura resulta habitual en otros idiomas) y no un derecho de los usuarios. Más concretamente esta Sentencia falla que el límite de copia privada no es sino una causa de inmunidad ante una acusación o demanda judicial concerniente a un ilícito civil o penal contra los derechos de autor, y en este sentido la fundamentación del límite es para los tribunales belgas, la misma que subyace al “*fair use*” norteamericano.

Además, CABRERA BLÁZQUEZ explica que los tribunales belgas han fallado que el intercambio de archivos vía redes P2P no se halla legitimado por el límite de copia privada puesto que “*el intercambio de ficheros infringe tanto el derecho de comunicación como el de reproducción, es decir, tanto la oferta como la descarga*” ¹⁴⁷² .

En Bélgica existe un sistema de compensación equitativa por el que aparatos y soportes vírgenes están sujetos a un canon que las entidades de gestión distribuyen equitativamente entre autores e intérpretes o ejecutantes. WESTKAMP explica que hubo un intenso debate en el parlamento belga sobre si los ordenadores personales debieran estar o no sujetos al canon. Finalmente se aprobó que estarían sujetos solamente si esta medida se aprobaba a través de un “*arrêté-royal délibéré en Conseil des ministres*”, que es un procedimiento especial que requiere mayores formalidades.

¹⁴⁷⁰ Obviamente, por el propio sentido del párrafo, se quiere decir limitación.

¹⁴⁷¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 25 de mayo de 2004, No 2004/46/A del registro de causas resueltas en procedimiento sumario. http://portal.unesco.org/culture/es/files/22029/11515769881ju_b_es.pdf/ju_b_es.pdf, (consultado por última vez el 25 de agosto de 2012).

¹⁴⁷² CABRERA BLÁZQUEZ, FRANCISCO JAVIER, *Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P*, Ponencia expuesta en el «Congreso Internacional de Copia Privada y Piratería de Obras protegidas por Derecho de Autor», 2005. Pág. 7.

WESKAMP piensa que en caso de que así se hiciera la Ley debería arbitrar un procedimiento para que los usuarios de ordenadores personales que no realicen copias privadas no pagaran el canon ¹⁴⁷³. El diseño de tal procedimiento a mí me parece tremendamente difícil, sino imposible, puesto que en el caso de las personas físicas se enfrentaría a la imposibilidad de controlar si tal circunstancia se da o no en la práctica.

5.1.4 **Dinamarca**

El artículo 12 de La Ley Refundida sobre Derecho de Autor de Dinamarca (Ley Refundida nº 202 de 17 de febrero de 2010) ¹⁴⁷⁴ prescribe lo siguiente:

“12. (1) Todos están autorizados para hacer o que les sean hechas, para propósitos privados, copias individuales de obras que se hayan hecho públicas si este acto no se realiza con un propósito comercial. Dichas copias no se deberán utilizar para ningún otro propósito.

(2) Lo previsto en la sub-sección 1ª no otorga el derecho a

(i) construir una obra de arquitectura;

(ii) realizar una copia de una obra de arte por un proceso de fundición, imprimiendo desde una base original o negativo, o de cualquier otra manera que implique que la copia ha de ser considerada como un original; un

(iii) realizar copias de un programa de ordenador en forma digitalizada;

(iv) realizar copias en formato digital de bases de datos, si la copia se hace sobre la base de una reproducción en formato digital de dicha base de datos; o

(v) realizar copias en forma digital de otras obras distintas de los programas de ordenador y bases de datos a no ser que esto se haga exclusivamente para el uso personal del propio copista o su familia.

(3) No obstante lo previsto en la sub-sección (2) (v), no está permitido realizar copias en formato digital sobre la base de una copia que ha sido prestada o alquilada.

(4) Lo previsto en la sub-sección (1) no otorga el derecho a encargar a otra persona realizar copias de

¹⁴⁷³ WESTKAMP, GUIDO, *Op. Cit.* Pág. 131.

¹⁴⁷⁴ LBK nr 202 af 27/02/2010 Gældende (Ophavsretsloven) Offentliggørelsesdato: 09-03-2010.

- (i) obras musicales;
- (ii) obras cinematográficas;
- (iii) obras literarias si la otra persona asiste [a la realización de la copia] con un propósito comercial.
- (iv) diseños comerciales; o
- (v) obras de arte si la copia se realiza en la forma de una reproducción artística.

(5) Lo previsto en la sub-sección (1) no permite al usuario realizar copias de obras musicales o cinematográficas utilizando equipos técnicos puestos a disposición del público en bibliotecas, en establecimientos comerciales, o en otros lugares accesibles al público. Lo mismo se puede aplicar a las obras literarias si el equipo técnico se ha proporcionado con un propósito comercial”¹⁴⁷⁵.

Como podemos ver, el artículo regulador del límite de copia privada en la Ley danesa intenta subrayar y pormenorizar que la utilización de la copia privada, tanto analógica como digital habrá de ser exclusivamente personal, incluyendo en este uso el que realice la familia de quien haya realizado la copia privada, pero por tanto, excluyendo a los amigos o conocidos del copista (es decir lo que GARROTE denominaba como “*ámbito cuasi-familiar*”). Además, se excluyen del ámbito de aplicación del límite, además de las bases de datos y programas de ordenador, los proyectos arquitectónicos y las falsificaciones de obras de arte. Por otra parte, los puntos 3º y 5º del art. 23 “*a contrario sensu*” o por exclusión, delimitan la fuente lícita desde la que estaría

¹⁴⁷⁵ “12.—(1) Anyone is entitled to make or have made, for private purposes, single copies of works which have been made public if this is not done for commercial purposes. Such copies must not be used for any other purpose. (2) The provision of subsection (1) does not provide the right to (i) construct a work of architecture; (ii) make a copy of a work of art by casting, by printing from an original negative or base, or in any other manner implying that the copy can be considered as an original; (iii) make copies of computer programs in digitized form; (iv) make copies in digital form of databases if the copy is made on the basis of a reproduction of the database in digital form; or (v) make single copies in digital form of other works than computer programs and databases unless this is done exclusively for the personal use of the copying person himself or his household. (3) Notwithstanding the provision in subsection (2) (v), it is not permitted without the consent of the author to produce copies in digital form on the basis of a copy that has been lent or hired. (4) The provision of subsection (1) does not confer a right to engage another person to make copies of (i) musical works; (ii) cinematographic works; (iii) literary works if the other person assists for commercial purposes; (iv) works of applied art; or (v) works of art if the copying is in the form of an artistic reproduction. (5) The provision of subsection (1) does not entitle the user to make copies of musical works and cinematographic works by using technical equipment made available to the public in libraries, on business premises, or in other places accessible to the public. The same applies for literary works if the technical equipment has been provided for commercial purposes.” Traducción del autor de la versión en inglés de la OMPI. La versión original de la Ley en Danés se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191419, y la versión en inglés de la OMPI en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191420 (visitadas ambas por última vez el 7 de abril de 2012).

permitido realizar una copia privada. Esta delimitación sería muy similar a la que intentaría realizar el artículo 31 de la LPI, en caso de prosperar la redacción del PMLPI 2014 aunque en este se especifica que las únicas fuentes lícitas son la copia física de la obra adquirida por compraventa mercantil (distribuida lícitamente) o la comunicada de manera autorizada, y en la Ley Danesa se excluyen las copias alquiladas, las que nos presta un conocido, las que se toman prestadas de bibliotecas públicas, y las puestas a disposición “*en establecimientos comerciales, o en otros lugares accesibles al público*”. Por si fuera poco, también “*a contrario sensu*” se especifica que entre otras las reproducciones de obras musicales, películas, y obras literarias cuando no medie un propósito comercial (entiendo que las realizadas en copisterías) habrán de ser realizadas personalmente por copista, ya que no está permitida la realización de copias para un tercero. Por tanto ambos artículos (el 23 de la Ley Danesa, y el 31 de la Ley Española de realizarse la reforma) restringen de forma parecida (tan sólo con pequeñas diferencias) el ámbito del límite de copia privada: uno por exclusión de los supuestos no permitidos, y otro por afirmación de los supuestos permitidos. El resultado en ambos casos es una concepción del límite de copia privada muy restringida.

Consecuentemente al reconocimiento de un (restringido) límite de copia privada personal, los soportes vírgenes y aparatos que se puedan utilizar para realizar copias estarán en Dinamarca sujetos a un canon. La organización encargada de la recaudación y distribución de este canon compensatorio se llama “*COPY-DAN Bandkopi*”. Por último, hay que señalar que la mayoría de los límites a los derechos de explotación recogidos en el derecho danés de autor no son inalienables, incluyendo el de copia privada. Estos límites se pueden negociar; aunque los usuarios tienen que renunciar expresamente a su ejercicio, no siendo suficiente la adhesión a una cláusula general de contratación ¹⁴⁷⁶.

5.1.5 **Francia**

En Francia, el artículo 122-5 número 2 del Código de la Propiedad Intelectual ¹⁴⁷⁷, de 1 de julio de 1992 indica que:

¹⁴⁷⁶ WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 167.

¹⁴⁷⁷ *Code de la Propriété Intellectuelle*.

“Cuando la obra ha sido divulgada, el autor no puede prohibir: (...)

6. *Las copias o reproducciones estrictamente reservadas para uso privado del copista y que no están destinadas a una utilización colectiva, con la excepción de las copias de las obras de arte destinadas a ser utilizadas para fines idénticos a aquellos a los que se creó la obra original y las copias de un programa de ordenador distintas a la copia de salvaguardia establecida de acuerdo con las condiciones previstas en el art. L 122-6-1 II y las copias de una base de datos electrónica”* ¹⁴⁷⁸ .

Como vemos, a diferencia del Derecho Español se ha mantenido en Francia el término “copista”, sin necesidad de especificar que este habría de ser necesariamente una persona física, puesto que este extremo ya estaba bien establecido por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia ¹⁴⁷⁹ . En Francia se admite una limitación de copia privada amplia, sujeta a un sistema de remuneración compensatoria mediante un canon sobre soportes vírgenes, cuyo importe es determinado por una comisión “*ad hoc*” que integra a los diversos sectores afectados, y que es recaudado y distribuido por una sociedad de gestión ¹⁴⁸⁰ . GONZÁLEZ DE ALAIZA ¹⁴⁸¹ enumera sin ánimo exhaustivo algunas de las características del límite de copia privada en el país galo:

- Los titulares de derechos de explotación sobre una obra gozan de la posibilidad de restringir el número de copias que se hagan de la misma, siempre que se respete el efectivo ejercicio del límite.

¹⁴⁷⁸ Utilizo la traducción que se puede encontrar en GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág 146; que a su vez utiliza la traducción de Y. GAUBIAC, «Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d’auteur», (trad. A. MUNOR), RIDA, núm. 122, octubre 1984, pág 58.

¹⁴⁷⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 201. Pág. 61.

¹⁴⁸⁰ A través del cual se recaudó un 30% de todo lo que se cobra por copia privada en Europa y que dedica parte de esta cantidad que se reinvierte en la producción de películas, grabaciones de música, cultura, y promoción de su industria cultural. MALMIERCA, MARTA; MARTIN-PRAT, MARÍA; RAMIREZ, JAVIER; XALABARDER RAQUEL *Mesa redonda La copia privada digital*. IDP, Revista de Internet Derecho y Política, nº 1, pp. 33-55., 2005. Pág. 38.

¹⁴⁸¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág 284.

- También se podrán restringir los supuestos en que el usuario esté autorizado para realizar copias privadas a los supuestos en que este tenga acceso legal a la obra, pero sólo cuando la técnica lo permita ¹⁴⁸² .
- Las condiciones de acceso a la obra y para realizar copias privadas han de ponerse en conocimiento de los usuarios ¹⁴⁸³ .
- Los usuarios o sus representantes legales podrán acudir a la autoridad de regulación de las medidas tecnológicas para denunciar que los titulares de derechos hayan implantado medidas tecnológicas que no les permitan realizar una copia privada.

Según nos explica el profesor CABRERA BLÁZQUEZ, la situación en Francia durante años no difirió mucho de la española, sin duda porque la redacción del artículo 122-5 número 2 del Código de la Propiedad Intelectual participa de la vaguedad del artículo 31.2 de la LPI. Esto, como en nuestro país, motivó que se dieran en los Tribunales franceses sentencias contradictorias sobre si los actos de descarga a través de redes P2P estaban amparados por el límite de copia privada, o si por el contrario estos actos constituían un ilícito, bien del orden jurisdiccional civil o del penal, contra el derecho de reproducción de los autores ¹⁴⁸⁴ . Así, mientras todos parecían estar de acuerdo en que los actos de “*uploading*” infringían el derecho de comunicación pública de los autores, se dieron un número de sentencias contradictorias sobre los actos de descarga. Tribunales en Rodez (confirmada en apelación) ¹⁴⁸⁵ y Bayona ¹⁴⁸⁶ consideraron que los actos de descarga de obras de creación protegidas por el Derecho de Autor a través de redes P2P estaban protegidas por el límite de copia privada; mientras que tribunales en Pontoise ¹⁴⁸⁷ , El Havre ¹⁴⁸⁸ , y Châteauroux ¹⁴⁸⁹

¹⁴⁸² Otra vez el fundamento basado en la imposibilidad de control.

¹⁴⁸³ Consecuencia de la Sentencia “*Mulholland Drive*”. Ya hemos hablado en este trabajo del famoso caso “*Mulholland Drive*” que significó la aplicación directa por los tribunales galos de la “*regla de los tres pasos*”, y el fallo del Tribunal de Casación en el sentido de que “*la copia privada de un DVD, incluso en formato analógico, daña la explotación normal de una película, puesto que las ventas de los DVD son decisivos para cubrir la inversión realizada en hacer una película*”. “*The court affirmed that the private copying of a DVD, even in an analogue format, does harm the normal exploitation of films, since the sales of DVD’s are decisive to cover the investments in the making of films*”. WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 210. (Traducción del autor).

¹⁴⁸⁴ CABRERA BLÁZQUEZ, FRANCISCO JAVIER, Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P, Ponencia expuesta en el «Congreso Internacional de Copia Privada y Piratería de Obras protegidas por Derecho de Autor», 2006. Pág. 7.

¹⁴⁸⁵ Sentencia del TGI de Rodez, de 13 de Octubre de 2004.

¹⁴⁸⁶ Sentencia del TGI Bayonne, corr., Ministère Public et SCPP c/ Monsieur D. T., 15 noviembre de 2005.

¹⁴⁸⁷ Sentencia del TGI Pontoise, 2 Febrero de 2005, SACEM, SDRM, SPPF, SCPP c/ Alexis B.

¹⁴⁸⁸ Sentencia del TGI Havre, 20 de Septiembre de 2005, Monsieur L. T. c/ SACEM

¹⁴⁸⁹ Sentencia del TGI Châteauroux, 15 de Diciembre de 2004, Ministère Public c/ Monsieur F. P.

condenaron a los usuarios por actos análogos, fallando que estos constituían una infracción del derecho de reproducción, y desechando además el argumento de que dichos actos se encontraran amparados por el límite. No obstante, tal y como nos explica WESTKAMP, en la actualidad la Ley prohíbe expresamente los actos de compartir archivos a través de redes P2P (el propio texto legal deja fuera del límite de copia privada los actos de utilización colectiva de una copia realizados por los usuarios), dejando bien claro que los actos de subir archivos a la Red infringen el derecho de comunicación pública, en su variedad de puesta a disposición, y los actos de descarga infringen el derecho de reproducción. Además, la Ley francesa incluye sanciones del orden penal para los actos activos de compartir o subir archivos en la Red, mientras que los actos pasivos de mera descarga son ilícitos civiles de acuerdo con la Ley de Derecho de Autor ¹⁴⁹⁰.

En 2009 se aprobó La Ley de la Creación e Internet (la llamada Ley HADOPI) ¹⁴⁹¹, que preveía un sistema de tres avisos al usuario que se descargase obras de creación de manera no autorizada. Tras estos tres avisos se cortarían el servicio al usuario por un plazo de dos meses a un año, y se impondría al usuario una multa de 1500€ (además del pago corriente del servicio de Internet a su proveedor). Esta Ley provocó asimismo abundante protesta social, que provocó que incluso se modificara el articulado de la misma, de manera similar a los sucedido en España con ocasión de la espantada protagonizada por el Gobierno anterior ante la aprobación de la “Ley Sinde”, ya que en principio las sanciones (incluido el corte del servicio al usuario), las imponía un órgano administrativo. El Consejo Constitucional Francés declaró nula parte de la Ley, e impuso que las sanciones que implicaran el corte del servicio al usuario sólo podrían tomarse por un miembro del poder judicial ¹⁴⁹². Las últimas noticias indicaban que el nuevo gobierno francés planeaba derogar esta Ley, cosa que finalmente se hizo mediante Decreto número 0157 del 9 de julio de 2013 del Ministerio de Cultura de Francia, alegando que la Ley contenía medidas desproporcionadas ¹⁴⁹³.

¹⁴⁹⁰ WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 211.

¹⁴⁹¹ Loi Création et Internet, loi n°2009-669 du 12 juin 2009.

¹⁴⁹² AMÓN, RUBÉN, *El Constitucional francés tumba parte de la ley antiP2P que prevé cortes de Internet*, Diario El Mundo 10 de junio de 2009. Disponible <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/06/10/navegante/1244650903.html>, (consultado por última vez el 24 de agosto de 2012)

¹⁴⁹³ *Francia cesa los cortes de conexión a Internet por descargas ilegales*. Europa Press. 10 de julio de 2013. Disponible en <http://www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-francia-cesa-cortes-conexion-internet-descargas-ilegales-20130710111631.html>, (Consultado por última vez el 22 de enero de 2013). Curiosamente, en España ya existen sentencias que ordenan a las operadoras que corten el servicio a un usuario como consecuencia de actos masivos contra la propiedad intelectual en la Red. *Una sentencia obliga al operador R a cortar el acceso de un usuario de P2P por infringir derechos de autor*, Diario El Mundo, 20 de enero de 2014, disponible en

Además se apuntó a que se estaba contemplando un sistema de licencias que permita a los usuarios acceder a contenidos (sin la autorización de los titulares de derechos) por una cuota mensual de “unos pocos euros”¹⁴⁹⁴. Es decir, todo menos respetar el derecho de propiedad en el marco de la economía de mercado. Los usuarios “premium” de MEGAUPLOAD pagaban una cuota de 10€ al mes con el objeto de poder descargarse copias no autorizadas con mayor rapidez; es decir, pagaban una cuota por un servicio ilegal. Servicios de “streaming” legales, como por ejemplo NETFLIX en EE.UU. cuestan aproximadamente 8 dólares (aprox. 6€ al mes). ¿Es realmente la alternativa que los usuarios paguen una cuota para legalizar lo ilegalizable? ¿No se ha probado ya que el mercado puede responder, y de hecho responde allá en donde se ha proporcionado a sus actores seguridad jurídica, a estas necesidades? ¿Realmente el Estado debe intervenir?

Es de señalar además, que como en España, los medios de comunicación adoptaron desde un principio una postura basada en la sumisión a lo que en sus cúpulas directivas se creía la postura mayoritaria frente al problema entre sus lectores, que por supuesto (con los demagógicos y populistas argumentos de inspiración vagamente “tecnologista” de costumbre) no era precisamente de afirmación y defensa del respeto a la propiedad intelectual. En palabras de WESTKAMP: “*La mayoría de la cobertura [de la transposición de la DDASI y del intento de perseguir las descargas no autorizadas mediante redes P2P] por parte de los medios de comunicación tomo partido por los usuarios, denunciando la criminalización de los actos de compartir archivos y de la copia privada, reclamando acceso gratuito a la cultura y al contenido creativo. La industria de la música y otras industrias basadas en los derechos de autor fueron extensamente presentadas como entes diabólicos. Resultaba bastante extraño ser testigo de tal campaña en contra de los derechos de*

<http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/01/20/52dfc3cca4741ce548b4577.html>, (Consultado por última vez el 22 de enero de 2014); y *La operadora R se niega a desconectar al internauta por compartir vía P2P*, Diario El Mundo, 20 de enero de 2014, disponible en <http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/01/22/52df8b94ca4741e1708b456a.html>, (Consultado por última vez el 22 de enero de 2014). Texto de la Sentencia disponible en <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2014/01/20/SentenciaAP.pdf>, (Consultado por última vez el 22 de enero de 2014).

¹⁴⁹⁴ ¿*Peligra la ley Hadopi contra las descargas en Francia?* Diario El Mundo, 17 de mayo de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/17/navegante/1337247604.html>, (consultado por última vez el 24 de agosto de 2012).

autor en un país en que estos son aún tan importantes”¹⁴⁹⁵ ¹⁴⁹⁶. Resulta extremadamente fácil hacer demagogia con este tema y exigir acceso gratuito a la cultura. Lamentablemente, la experiencia nos demuestra, especialmente en el caso español, que cuando no se compensa a los autores, y demás actores de la industria de contenidos, la industria cultural autóctona irremisiblemente languidece y muere. Los que esgrimen argumentos como los destacados, y que muy a menudo vienen acompañados con diatribas sobre el imperialismo cultural norteamericano, son responsables directos de que este imperialismo cultural, de existir, sea más pujante que nunca; puesto que es la industria de contenidos norteamericana la que goza de mejor salud, puesto que (entre otras razones), al contrario que en España se desenvuelve en un marco de seguridad jurídica, y los inversores reciben un retorno económico (e incluso un beneficio) por sus inversiones cuando el producto cultural es de calidad y por consiguiente goza de aceptación en el mercado.

5.1.6 **Holanda**

El artículo 16.1 de la Ley de Derecho de Autor de 23 de septiembre de 1912 de acuerdo con la redacción de la Ley de 6 de julio de 2004 de adaptación de la Ley de Derecho de Autor de 1912, derechos afines a los derechos de autor y bases de datos de adaptación de la Directiva 2001/29/UE¹⁴⁹⁷ se puede leer de la siguiente manera.

“[Un acto de] reproducción no se considerará como una infracción del Derecho de Autor en una obra literaria, científica o artística si se restringe a unos pocos ejemplares destinados exclusivamente para el disfrute personal, estudio o uso por parte de la persona

¹⁴⁹⁵ “*Most of the media coverage took the defence of the users, denouncing the criminalization of the file-sharing and of the private copy, reclaiming a free access to culture and creative content. The music industry and other copyright industries were largely diabolised. It was rather odd to witness such a focus on anti-copyright position in a country where the droit d’auteur is still so important*”. WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 207. (Traducción del autor).

¹⁴⁹⁶ Resulta bastante curioso que casi todos los medios de prensa escrita se estén planteando en estos momentos cobrar a sus lectores en la Red. Parece ser aunque defiendan que el derecho a la cultura ha de ser gratuito, lo mismo no sirve para el derecho a la información. V. GÓMEZ G., ROSARIO, y POZZI, SANDRO, *La prensa se asoma al pago en la Red*, Diario El País, 11 de abril de 2013. Disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/11/actualidad/1365709436_068928.html (consultado por última vez el 12 de abril de 2013).

¹⁴⁹⁷ *Auteurswet 1912, modificada por Wet van 6 juli 2004 tot aanpassing van de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten ter uitvoering van richtlijn nr. 2001/29/EG*. Traducción del autor a través de traductores online (modificada para darle sentido en castellano).

natural que ha efectuado la reproducción sin ninguna motivación comercial directa o indirecta, o que ha causado que se realice exclusivamente para su propio beneficio” ¹⁴⁹⁸.

WESTKAMP deduce que por tanto el límite en Holanda cubre tanto las copias analógicas como digitales, y que aunque la Ley no diga nada al respecto, el número máximo de copias que se pueden realizar a beneficio del límite es, de acuerdo con otras fuentes, de dos o tres ¹⁴⁹⁹. Además, las personas jurídicas se hallan excluidas del límite, y las copias realizadas conforme al mismo sólo podrán ser usadas para fines no comerciales ¹⁵⁰⁰. El artículo 10 (e) de la DNRA amplía el límite a los derechos afines.

No obstante, tal y como señala CABRERA BLÁZQUEZ ¹⁵⁰¹ en Mayo de 2004 un Tribunal Holandés ¹⁵⁰² falló que “*el motor de búsqueda Zoekmp3 no infringía derechos de autor, ya que simplemente listaba páginas web desde donde se podía descargar ficheros musicales sin la autorización de los titulares de derechos. Además, el tribunal afirmó que el simple hecho de descargar música sin compartirla está cubierto por la excepción de copia privada*”. Por lo tanto, en un principio, y tal como sucede en España, existían sentencias entre los tribunales holandeses que explícitamente legalizaron la descarga no autorizada de archivos de redes P2P por mor del límite de copia privada, lo que se explica asimismo por la ambigüedad de la redacción del 16.1 de la Ley de Derecho de Autor. Por tanto, ya empezamos a comprobar que en casi todos los países en que se ha adoptado el límite de copia privada, sin redacción tan estricta como por ejemplo la que podemos encontrar en la Ley Danesa, han tenido que afrontar el mismo problema.

Esta situación se corrige por medio de la inclusión en el ordenamiento jurídico holandés del artículo 16b (4) de la Ley de Derechos de Autor, cuya redacción es la siguiente: “*Si una*

¹⁴⁹⁸ “*Reproduction shall not be regarded as an infringement of the copyright in a literary, scientific or artistic work if it is restricted to a few specimens intended exclusively for personal exercise, study or use by the natural person who has carried out the reproduction without any direct or indirect commercial motivation or has caused it to be carried out exclusively for his own benefit.*” Traducción del autor de la versión en inglés de la OMPI. La versión original de la Ley en holandés se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=228395, y la versión en inglés de la OMPI en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=249663 (visitadas ambas por última vez el 11 de abril de 2012).

¹⁴⁹⁹ WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 351.

¹⁵⁰⁰ Ídem.

¹⁵⁰¹ CABRERA BLÁZQUEZ, FRANCISCO JAVIER, Op. Cit. Pág. 7.

¹⁵⁰² Sentencia del tribunal de Haarlem de 12 de Mayo de 200, 85489/HA ZA 02-992.

reproducción permitida bajo este artículo ha ocurrido, no se cederán copias realizadas sin el consentimiento del autor o sus derechohabientes a terceras partes, a no ser que tal cesión resulte de una aportación a procedimientos judiciales o administrativos” ¹⁵⁰³ . GARROTE nos aclara que “*Se trata de una norma de vital importancia en el país que vio nacer el programa de intercambio de archivos por Internet más famoso del mundo, KAZAA. Ello implica que en Holanda el intercambio de archivos en redes P2P por parte de los usuarios es un acto de infracción de derechos, tanto desde el punto de vista civil como penal (art. 31 LDA) aunque en la práctica los procesos sólo se dirigen contra usuarios que actúan de forma dolosa y a «escala comercial»*” ¹⁵⁰⁴ . Por tanto en Holanda se corrigió “*a posteriori*” una interpretación errónea del límite de copia privada realizada por el poder judicial desde el poder legislativo. Es decir, se realizó una reforma legal restrictiva del límite para solucionar la vaguedad de la redacción legal. En el caso español esta reforma aún no se ha llevado a fondo, ya que la Ley Sinde-Wert es una norma básicamente procedimental, pero no sustantiva (y por el momento inoperante en la práctica), y la Circular 1/2006 de la Fiscalía general del Estado sigue vigente, ya que no se ha dictado otra Circular sobre la materia en sentido distinto por parte del órgano rector del Ministerio Público. La proyectada reforma del artículo 31 que ha sido recientemente aprobada por parte del Consejo de Ministros sí que tiene un carácter netamente restrictivo del ámbito de actuación del límite.

Como no podía ser de otra manera la Ley holandesa prevé un sistema de remuneración equitativa por mor del límite de copia privada. La “*Stichting Thuiskopie*”, o Fundación para la Copia Privada, se ocupa de recaudar y distribuir esta remuneración, de la cual un 15% se destina a “*finés culturales y sociales*” ¹⁵⁰⁵ . Es de señalar que el Ministro de Justicia holandés ha explicado que el sistema de compensación es transitorio, puesto que en el futuro, “*la tecnología permitirá en el futuro la regulación de los actos de copia privada, por lo que habrá poca o ninguna necesidad para un sistema de canon compensatorio*” ¹⁵⁰⁶ . Es el reconocimiento expreso de que los únicos

¹⁵⁰³ “*Indien een ingevolge dit artikel toegelaten verveelvoudiging heeft plaatsgevonden, mogen de vervaardigde exemplaren niet zonder toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgenden aan derden worden afgegeven, tenzij de afgifte geschiedt ten behoeve van een rechterlijke of bestuurlijke procedure*” Traducción del autor con la ayuda de Google Chrome Translator), Original en http://wetten.overheid.nl/BWBR0001886/geldigheidsdatum_03-02-2012, (consultado por última vez el 25 de agosto de 2012).

¹⁵⁰⁴ GARROTE Op. Cit. Pág. 59.

¹⁵⁰⁵ WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 359.

¹⁵⁰⁶ Ídem. Pág. 360.

fundamentos del límite de copia privada son los “fallos de mercado”, y muy especialmente la “imposibilidad de control”.

5.1.7 **Irlanda.**

La legislación irlandesa sobre copyright no admite un límite general de copia privada. Irlanda implementó la DAASI en el “*Statutory Instrument No. 16/2004 (European Communities (Copyright and Related Regulations 2004))*”, que enmienda la Ley de Copyright del año 2000 para adaptarla a la Directiva. Como señala WESTKANMP “*La Ley contiene una enumeración extensiva de excepciones redactadas de manera muy limitada, (Secciones 49 a 77), las cuales se aplican a tres ámbitos principales; “fair dealing” con fines de investigación y estudio privado o crítica y reseña (Secciones 49 a 52); educación (Secciones 52 a 58), bibliotecas y archivos (secciones 59 a 69), y administración pública (Secciones 60 a 77 de la Ley de Copyright). Siguiendo la tradición de los sistemas de copyright, la ley no reconoce un límite de copia privada general en el sentido del artículo 5.1 a) [y 5.1 b)] de la DDASI)*”¹⁵⁰⁷.

Resulta imposible reproducir por razones de espacio todas las limitaciones contempladas en la Ley irlandesa, pero sí habría que detenerme en su Sección 50.4, que se lee de la siguiente manera:

“50. (4): En esta parte, “fair dealing” significa hacer uso de una obra literaria, dramática, musical o artística, película, fonograma, emisión televisiva, programa de televisión por cable, base de datos original en forma no electrónica, o arreglo tipográfico de una edición publicada que ha sido legítimamente puesta a disposición del público, con un fin y en la medida que no perjudique de manera no razonable los intereses del propietario del copyright”¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁷ “The Act contains an extensive enumeration of narrowly drafted exceptions (Secs. 49 – 77) which apply to three main areas, i.e. fair dealing for the purposes of research and private study or criticism and review (Secs. 49 – 52), education (Secs. 53 – 58), libraries and archives (Secs. 59 – 69) and public administration (Secs. 60 – 77 Copyright Act). Following the tradition of copyright systems, the Act does not recognize a general private copying exception (Article 5 (2) (a) EUCD).” WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 271. (Traducción y añadido del autor).

¹⁵⁰⁸ “50 (4): In this Part, “fair dealing” means the making use of a literary, dramatic, musical or artistic work, film, sound recording, broadcast, cable programme, non-electronic original database or typographical arrangement of a published edition which has already been lawfully made available to the public, for a purpose and to an extent which will not unreasonably prejudice the interests of the owner of the copyright” (Traducción del autor).

Explica así WESTKAMP que el sistema de “*copyright*” favorece que los autores exploten directamente sus obras en los distintos mercados para obras de creación ¹⁵⁰⁹, de ahí el sentido del artículo 50 (4). Este artículo habilita a los usuarios a usar de manera razonable las obras a las que han accedido mediante licencia directa o indirecta con los titulares de derechos, y es de señalar que en el ámbito digital esta “racionalidad en el uso” normalmente implicará cláusulas contractuales en que se permita o habilite por parte de los titulares de derechos a los usuarios la realización de ciertos tipos de reproducciones privadas tanto en el ámbito fuera de línea como en línea (por ejemplo, un usuario de iTunes, que ha accedido a las condiciones impuestas por APPLE, y que tiene la facultad contractual de realizar copias para uso privado, con fines de “*space-shifting*”, “*format-shifting*”, o demás). Será entonces sólo subsidiariamente la potestad de los tribunales el considerar si ciertos actos realizados por el usuario no expresamente licenciados se encuentran dentro del “*fair dealing*”; es decir, de los usos normales y razonables que un usuario pueda realizar de una obra, y que no perjudiquen los intereses del titular de derechos, dentro del respeto al mercado y a la autonomía contractual. Añade WESKAMP que aunque la “*regla de los tres pasos*” no se ha incorporado expresamente en la legislación irlandesa sobre copyright, se deduce del artículo 50 (4), que se halla incorporado a la legislación irlandesa como elemento restrictivo de los actos autorizados bajo el “*fair dealing*”.

Además la Ley admite actos de reproducción que “*se podrían encuadrar “a grosso modo” dentro del ámbito del límite de copia privada, aunque resultan de alcance más limitado*” ¹⁵¹⁰ sólo en dos situaciones muy específicas: (1) para actos de reproducción de un programa de televisión por razón de “*time-shifting*” ¹⁵¹¹; y (2) para actuaciones en directo, que pueden ser copiadas por personas naturales para uso privado y doméstico.

Así, la Sección 101 de la Ley de Copyright irlandesa establece lo siguiente:

¹⁵⁰⁹ WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 271.

¹⁵¹⁰ “...which come roughly within the ambit of the private copying exception though they are more limited in scope”. Ídem. Pág 273.

¹⁵¹¹ De forma análoga a lo que falló el Tribunal Supremo de los EE.UU. en la Sentencia SONY, y al artículo 31.2 b) 2º de la LPI tal y como quedaría si se lleva a cabo la modificación tal y como se propone en el Anteproyecto de Ley aprobado en Consejo de Ministros en marzo de 2013.

“(1) La realización para fines privados y domésticos de una fijación de una emisión o un programa de televisión por cable, solamente con el propósito de ser visto o escuchado en otra hora o lugar, no infringirá el copyright en tal emisión o programa de televisión por cable, o en cualquier [otra] obra incluida en dicha emisión o programa de televisión por cable.

(2) Sujeto a la Subsección (3), la realización por un establecimiento de para uso privado y doméstico de una fijación de una emisión televisiva o de un programa de televisión por cable, solamente con el propósito de permitir que pueda ser visto o escuchado en otra hora o lugar, no infringirá el copyright de tal emisión televisiva o programa de televisión por cable, ni de ninguna otra obra contenida en dicha emisión o programa de televisión por cable.

(3) El Ministro podrá especificar por medio de una Orden Ministerial que se entiende por establecimientos a los efectos de esta sección.

(4) En donde una fijación que de otra forma fuera una copia que infrinja el copyright se haga bajo esta sección y sea subsecuentemente vendida, alquilada, o (de cualquier otra forma que a una persona miembro de la familia [del copista], o amigo, para fines de uso privado o doméstico) prestada, u ofrecida o expuesta para su venta, alquiler o préstamo, o puesta a disposición del público de cualquier otra manera, se considerará que esta copia será infractora [ilícita] para todos estos fines, y para todos los fines subsiguientes”¹⁵¹².

Como hemos señalado, la Ley Irlandesa (y en esto se diferencia de la del Reino Unido), permite realizar copias privadas de actuaciones en directo, que pueden ser copiadas por personas naturales

¹⁵¹² “101.—(1) The making for private and domestic use of a fixation of a broadcast or cable programme solely for the purpose of enabling it to be viewed or listened to at another time or place shall not infringe the copyright in the broadcast or cable programme or in any work included in such a broadcast or cable programme.

(2) Subject to subsection (3), the making by an establishment for private and domestic use of a fixation of a broadcast or cable programme solely for the purpose of enabling it to be viewed or listened to at another time or place shall not infringe the copyright in the broadcast or cable programme or in any work included in such a broadcast or cable programme.

(3) The Minister may specify by order establishments for the purposes of this section.

(4) Where a fixation which would otherwise be an infringing copy is made under this section and is subsequently sold, rented or (otherwise than to a person’s family member or friend for private and domestic purposes) lent, or offered or exposed for sale, rental or loan, or otherwise made available to the public, it shall be deemed to be an infringing copy for those purposes and for all subsequent purposes”. (Traducción del autor).

para uso privado y doméstico. Tal cosa se regula en la Sección 204 (4) de la Ley de Copyright de 2004, que es una limitación al artículo 204 (1). Veamos ambos artículos:

“204. (1) Un intérprete o ejecutante goza del derecho exclusivo a autorizar o prohibir la realización de una copia de una grabación de toda o una parte substancial de una actuación en directo que cualifique a estos efectos, y resulta inmaterial si tal copia es realizada directa o indirectamente.

(2) Existirá un derecho del intérprete o ejecutante conferido por esta Sección que se conocerá y al que se referirá esta parte [de la ley] como el “Derecho de Reproducción”.

(3) El derecho de reproducción se infringe por una persona quien, sin el consentimiento del intérprete o ejecutante, realiza o autoriza a otro a realizar el acto al que se refiere la subsección (1)

(4) El derecho de reproducción no se infringe por la realización de una copia, como a las que se refiere la Sub-sección (3) por parte de una persona para su uso privado o doméstico” ¹⁵¹³ .

Por ultimo cabe señalar que en la legislación irlandesa sobre copyright no existe un sistema de remuneración compensatoria por copia privada basado en la imposición de un canon, aunque como nos dice WESTKAMP permite convenios colectivos de licencia en el ámbito privado. Es decir, se favorece la autonomía de la voluntad en el ámbito de un mercado de libre y justa competencia. Como en Irlanda no existe un sistema de compensación obligatorio, puesto que el límite de copia privada “*per se*” no existe, los artistas españoles no cobran un euro por la realización de copias privadas de sus obras (que serían ilícitas a no ser que estuvieran autorizadas por el titular de derechos o licenciadas por medio de un convenio colectivo) realizadas en Irlanda, y los artistas irlandeses si lo hacen en España (es decir, que los familiares del Camarón de la Isla no cobran nada

¹⁵¹³ “204.—(1) A performer has the exclusive right to authorise or prohibit the making of a copy of a recording of the whole or any substantial part of a qualifying performance and it is immaterial whether the copy is made directly or indirectly.

(2) There shall be a right of a performer conferred by this section which shall be known and in this Part referred to as the “reproduction right”.

(3) The reproduction right is infringed by a person who, without the consent of the performer, undertakes or authorises another to undertake the act referred to in subsection (1).

(4) The reproduction right is not infringed by the making of a copy referred to in subsection (3) by a person for his or her private and domestic use.” (Traducción del autor)

por las copias privadas realizadas en Irlanda, pero los integrantes de U2 si participan de lo recaudado por la SGAE, antes por medio del canon compensatorio, y ahora directamente del Estado).

5.1.8 Italia

El Italia, la Ley del 22 de abril de 1941, n° 633 de protección del Derecho de Autor y otros derechos conexos a su ejercicio ¹⁵¹⁴, modificada en cuanto a la regulación del límite de copia privada por el Decreto Legislativo n° 68, de 9 de abril de 2003 ¹⁵¹⁵, en su artículo 71 sexies, punto 1°, señala que:

“Se autoriza la reproducción privada de fonogramas y videogramas sobre cualquier soporte, efectuada por una persona física para uso exclusivamente personal, siempre y que no exista ánimo de lucro ni fines directa o indirectamente comerciales, respetando las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 102-quater” ¹⁵¹⁶.

Cabe señalar que la norma italiana es una de las traslaciones más literales del artículo 5.2 b) de la DDASI. La redacción del límite en el país transalpino se diferencia del artículo 31.2 de la LPI fundamentalmente en que en lugar de hablar del más genérico “uso privado” del usuario restringe las reproducciones realizadas a las que se destinen al “uso exclusivamente personal”, y a que tampoco se hace ninguna referencia al acceso. Además se restringe el límite a la copia privada de fonogramas y videogramas (además de las copias hechas a mano o reprográficas, que se regulan en los artículos 68.1, 68.3, y 68. 5 de la Ley sobre Derecho de Autor).

Las consecuencias derivadas de la especificación en realizada en el artículo 71 sexies el sentido de que para estar amparadas por el límite de las copias han de haber sido realizadas “*por una persona física para uso exclusivamente personal*”, son que en Italia las reproducciones realizadas por un

¹⁵¹⁴ “Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”. (Traducción del autor).

¹⁵¹⁵ Gazzetta Ufficiale núm. 87 del 14 de abril de 2003.

¹⁵¹⁶ “Art. 71sexies.1. È consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102 quater”. Traducción del autor de la versión original en italiano que se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=236673 (visitada por última vez el 11 de abril de 2012).

tercero no entran en el ámbito de aplicación del límite. De hecho, WESKAMP, en su monumental estudio, nos revela lo siguiente:

*“Resulta interesante señalar que el suministro de servicios que posibiliten la realización de tales copias [privadas] “constituirá un acto de reproducción y estará sujeto a las estipulaciones conformes a los artículos 13, 72, 78-bis, y 80”; “id est”: se considerará una infracción [del derecho autor imputable directamente al suministrador de servicios] cuando se realice un acto de reproducción de una obra [utilizando tales servicios] (artículo 13); de reproducción de un fonograma (artículo 72); de reproducción de una retransmisión (artículo 80); y por el acto de utilización de un fonograma con el propósito de comunicarla por medio de su retransmisión. Por tanto, una persona que suministre servicios que posibiliten la realización de copias privadas infringe [directamente] el derecho de reproducción de los autores productores de fonogramas o titulares de derechos sobre la retransmisión”*¹⁵¹⁷.

Es decir, que cuando la copia privada se realice por un tercero, o mediante un servicio de reproducción proporcionado por un tercero, está no sólo deviene en copia ilícita independientemente del propósito por el cual se haya realizado por el usuario, sino que además tanto el tercero como el proveedor de servicio de reproducción habrán de ser considerados infractores originarios del Derecho de Autor.

Por otra parte, el límite de copia privada puede ser alienado o enajenado mediante contrato; tanto en el caso de las obras a las que el usuario acceda de forma interactiva (como en España) como también en todos los demás casos, puesto que la legislación italiana prevé la prevalencia de las estipulaciones contractuales sobre el límite de copia privada¹⁵¹⁸. En otras palabras, la autonomía de la voluntad prevalece sobre el límite legal (como no podría ser de otra manera) ya que este se

¹⁵¹⁷ “Interestingly, the supply of services for enabling such copies to be made “shall constitute an act of reproduction and shall be subject to the provisions pursuant to Articles 13, 72, 78-bis, 79 and 80.”, i.e. will constitute an infringement by way of reproducing works (Article 13), reproducing a phonogram (Article 72), reproduction of broadcasts (Article 80) and by utilising a phonogram for purposes of broadcasting. Thereby, a person supplying services for enabling the making of private copies infringes the reproduction right, as afforded to authors, phonogram producers and/or broadcasters”. WESTKAMP, GUIDO, *Op. Cit.* Pág. 286. (Traducción y añadidos del Autor).

¹⁵¹⁸ Recordemos que el límite sólo afecta a fonogramas y videogramas.

fundamenta en paliar el detrimento que sufren los titulares de derecho, al resultarles a estos fáctica y legalmente imposible el controlar los usos que se hagan de su obra el ámbito privado. Por tanto, si los titulares de derechos de autor son en el fondo los beneficiarios del límite, es de toda lógica que puedan renunciar a él.

Es por ello que, aunque las cifras de piratería en el país transalpino son aún similares (aunque bastante más bajas) a las que sufrimos en España ¹⁵¹⁹, Italia no ha aparecido en ninguna “*Lista Special 301*”, ya que al contrario que en España, de su legislación se deduce la voluntad del Estado de luchar sin ambages contra la piratería. Adicionalmente a las cautelas que ante el límite de copia privada se explicitan en la Ley sobre el Derecho de Autor Italiana, en este país se intentó apoyar la Ley de Derecho de Autor mediante un Decreto Administrativo que pusiera por fin coto a las descargas no autorizadas vía redes P2P, que había alcanzado (como en España) proporciones inasumibles. Este fue el llamado “*Decreto Urbani*” ¹⁵²⁰, que originalmente acarreaba sanciones administrativas para los usuarios de estas redes que compartiesen obras de creación sujetas al Derecho de Autor de manera no autorizada. Finalmente, como señala CABRERA BLÁZQUEZ ¹⁵²¹ no se llegaron a incluir dichas sanciones debido a que, del mismo modo que ha ocurrido en España con la “Ley Sinde” (ahora “Ley Sinde-Wert”), se produjo una muy ruidosa “oposición popular”, alimentada por la demagogia de ciertos medios de comunicación, que provocó que el Gobierno italiano retrocediera, y mantuviera una Ley sin fuerza coercitiva real.

Por si esto fuera poco, GARROTE señala que la Ley italiana intentó salir al paso del problema de las redes P2P mediante la trasposición de la “regla de los tres pasos” en su artículo 71-nonies, específicamente diseñado a estos efectos, y “*que señala que cuando las excepciones y limitaciones se apliquen en Internet [subrayado del profesor GARROTE] no pueden ser entendidas de tal modo que perjudiquen la explotación normal de la obra o supongan un perjuicio injustificado para los*

¹⁵¹⁹ Con porcentajes que ascienden a un 49% en el caso del software, BSA: crece la Piratería Informática in Italia, <http://www.pmi.it/tecnologia/infrastrutture-it/news/7036/bsa-cresce-la-pirateria-informatica-in-italia.html>, (consultado por última vez el 24 de agosto de 2012).

¹⁵²⁰ Legge 21 maggio 2004, n. 128 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 marzo 2004, n. 72, recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 119 del 22 maggio 2004. Disponible en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04128l.htm>

¹⁵²¹ CABRERA BLÁZQUEZ, FRANCISCO JAVIER, *Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P*, Ponencia expuesta en el «Congreso Internacional de Copia Privada y Piratería de Obras protegidas por Derecho de Autor», 2006. Pág. 5

titulares de derechos”¹⁵²². Así pues, la lectura de este artículo nos reafirma una vez más en la voluntad del legislador italiano para luchar contra la piratería en el ámbito de la Red.¹⁵²³

Como no podría ser de otra manera, el límite de copia privada está sujeto también en Italia a remuneración compensatoria a través del pago de un canon digital sobre soportes vírgenes, tanto analógicos como digitales, pero sólo sobre los soportes capaces de albergar copias de fonogramas y videogramas. Los tipos de soportes sujetos al canon se detallan vía decreto ministerial (que se revisa cada tres años), y se recaudan y distribuyen por la S.I.A.E., que es la entidad de gestión colectiva.

5.1.9 **Portugal**

En Portugal, la DDASI se transpuso al ordenamiento jurídico nacional mediante Ley 50/2004, posteriormente modificada por la Ley 16/2008 de 1 de abril de Respeto a los Derechos de Propiedad Intelectual¹⁵²⁴. Así el artículo 75 del “*Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*” regula en su punto 2 la copia privada reprográfica, y en su punto 4 la “regla de los tres pasos”¹⁵²⁵. Los puntos relevantes del artículo 75 se traducen en lo siguiente:

“2. Son lícitas, sin el consentimiento del autor, las siguientes utilizaciones de una obra:

a) la reproducción de una obra, para fines exclusivamente privados, en papel o soporte similar, realizada a través de cualquier tipo de técnica fotográfica o proceso con resultados semejantes, con excepción de las partituras; así como la reproducción en cualquier medio realizada por una persona física para uso privado, y sin fines comerciales directos o indirectos. [...]

¹⁵²² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 49.

¹⁵²³ De hecho las ultimísimas noticias son que en Italia acaba de entrar en efecto una durísima Ley contra la Piratería en línea: Ver CORAGGIO, GULIO, *The New "Era" for Copyright Internet Liability in Italy Is Now on*, Blog GamingTechLAW, 31 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.gamingtechlaw.com/2014/03/the-new-era-for-copyright-internet.html>. (Consultado por última vez el 2 de abril de 2014).

¹⁵²⁴ *Lei n° 16/2008 de 1 de Abril (Respeito dos direitos de propriedade intelectual)*. (Traducción del autor).

¹⁵²⁵ Ambas se encontraban incluidas en el mismo punto del mismo artículo en la Ley de 1985: el Artículo 81.2. del Código de Derechos de Autor y Derechos Conexos de 1985.

*4. Los modos de utilización de las utilidades previstas en los números anteriores no deben comprender [los actos] de explotación normal de la obra, ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*¹⁵²⁶.

Por su parte el artículo 81.2. de la misma Ley Portuguesa¹⁵²⁷ regula el límite de copia privada no reprográfica; es decir, que tanto las copias privadas de fonogramas como de obras audiovisuales, tanto en el ámbito analógico como en el digital, se regulan por este artículo. La “*regla de los tres pasos*” también se introduce en el mismo texto del artículo, con lo que el mandato de interpretación de los actos cometidos al amparo de una limitación que supone esta norma se traslada en Portugal a los jueces. El artículo se lee así:

“Artículo 81: Se consiente la reproducción:

*(b) Para usos exclusivamente privados, siempre que no atente con la explotación normal de la obra y no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, no pudiendo ser utilizada para cualquier fin de comunicación pública o comercialización”*¹⁵²⁸.

Así pues, la legislación portuguesa en materia de copia privada adolece de los mismos problemas de vaguedad en sus términos que la española. El mismo WESTKAMP nos dice que “*La norma resulta problemática de relación con las tecnologías de intercambio de archivos. Se aplica sin consideración a si la reproducción se hubiera realizado por medios analógicos o digitales, y no está sujeta al estatus legal o ilegal de la copia original. El privilegio de copia privada se ha de*

¹⁵²⁶ “2. São lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra: a) A reprodução de obra, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos”. 4. Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor”. Traducción del autor de la versión original en portugués en inglés que se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181701 (visitada por última vez el 11 de abril de 2012).

¹⁵²⁷ Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, alterada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto

¹⁵²⁸ “Artigo 81. É consentida a reprodução:

b) Para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização.” Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181701. (Traducción del autor).

*compensar extendiendo el sistema de canon existente a los soportes digitales (3% antes de la aplicación del IVA)”*¹⁵²⁹. Y no es casualidad que debido al acuciante problema de la piratería, en Portugal precisamente se ha presentado en el año 2012 el Proyecto de Ley 118/2012 (el adelante PL118/2012)¹⁵³⁰, que se publicitaba como restrictivo en cuanto a su nueva regulación del límite de copia privada, y que hubiera efectivamente elevado la recaudación por remuneración compensatoria. La Ley portuguesa de derechos de autor contempla en su artículo 82 un canon compensatorio que ascendía al 3% del precio neto del soporte antes de aplicar el IVA, que se distribuye entre los autores y demás titulares de derechos anexos mediante dos sociedades de gestión. El Proyecto de Ley aumentaba el montante del canon digital y ampliaba los soportes sujetos al mismo a cualquier equipo o software capaz de grabar, copiar o almacenar contenido digital¹⁵³¹.

Este Proyecto de Ley, en su Exposición de Motivos, señalaba que:

*“Para hacer frente a la realidad de las incesantes innovaciones del mercado tecnológico, el presente Proyecto considera que el régimen [de compensación equitativa por copia privada] debe comprender no sólo los aparatos y soportes analógicos, sino también los digitales, garantizándose así a los titulares de derechos una razonable y justa compensación por los daños sufridos por la práctica social de la copia privada, que no está asegurada por el régimen actualmente en vigor”*¹⁵³².

Aunque de una lectura del resto de la Exposición de Motivos y del articulado del PL108/2012 se puede deducir que el legislador portugués se cuidó mucho de salirse de la definición tradicional

¹⁵²⁹ “The provision is problematic in relation to file sharing technologies. It applies regardless of whether the reproduction is facilitated by analogue or digital means and is not subject to the status of the original copy as legal or illegal. The private copying privilege is balanced by extending the existing levy scheme to digital carriers (three per cent before VAT)”. WESTKAMP, GUIDO, *Op. Cit.* Pág. 394. (Traducción del autor).

¹⁵³⁰ Projeto de Lei 118/XII.

¹⁵³¹ V. Portugal: MOREIRA, SARA, Web Users Debate Portuguese Private Copying Bill, Global Voices, 27 de febrero de 2012, <http://globalvoicesonline.org/2012/02/27/portugal-web-users-debate-portuguese-private-copying-bill/> (Consultada por última vez el 30 de agosto de 2012).

¹⁵³² “De forma a acompanhar a realidade e as incessantes inovações do mercado tecnológico, o presente projecto considera que o regime deve abranger não só os aparelhos e suportes analógicos mas também os digitais, garantindo-se assim aos titulares de direitos uma razoável e justa compensação pelos danos sofridos pela prática social da cópia privada, que não é assegurada pelo regime actualmente em vigor”. (Traducción del autor).

del límite de copia privada. La misma Exposición de Motivos señala que el PL108/2012 recogía las últimas innovaciones jurisprudenciales en cuanto al límite procedentes de la UE, como por ejemplo la Sentencia PADAWAN (en cuyo procedimiento, concretamente en las Conclusiones de la Abogado General, se recuerda de manera explícita que la compensación equitativa del límite de copia privada no es una compensación por las pérdidas ocasionadas por la piratería ¹⁵³³). Sin embargo, la frase “*por los daños sufridos por la práctica social de la copia privada*” me resulta más que sospechosa en el sentido de que el Gobierno luso hubiera querido imponer un canon más elevado para compensar de manera soterrada mediante una compensación equitativa inflada a los titulares de derechos por causa de la piratería ¹⁵³⁴, que es lo mismo que se ha hecho en España durante los últimos años. Recordemos lo que decía el Considerando 78 de las Conclusiones de la Abogado general de las Comunidades Europeas en el asunto PADAWAN:

“En cuanto a la segunda parte de la cuestión, ha de señalarse ante todo que la finalidad de la «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, no consiste en indemnizar a los titulares de derechos por la comisión de actos ilegales relativos a la reproducción no autorizada de obras y prestaciones protegidas. Sólo existe derecho a una compensación por copia privada en caso de que lo autorice la normativa en materia de derechos de autor del Estado miembro. El hecho de que pueda constatarse una infracción generalizada del derecho de reproducción, en principio exclusivo, que corresponde al autor –como sucede por ejemplo en Internet mediante las redes de intercambio de archivos denominadas P2P («peer to peer»)— no es relevante a efectos del citado precepto de la Directiva ni puede considerarse un factor a la hora de buscar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derecho y de los usuarios. En efecto, este tipo de copias ilegales suele tener fines comerciales. En todo caso, tienen una finalidad distinta del «uso privado» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por lo que no están incluidas en la posibilidad de limitar el Derecho de Autor”.

¹⁵³³ Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010. Considerando 78.

¹⁵³⁴ Esta es la opinión de alguna de las asociaciones de usuarios en Portugal; verbigracia, que esta subida del importe del canon está basada en “falsos pretextos”. *Portugal: Web Users Debate Portuguese Private Copying Bill*. Disponible en <http://globalvoicesonline.org/2012/02/27/portugal-web-users-debate-portuguese-private-copying-bill/> (Consultada por última vez el 30 de agosto de 2012).

Así pues, da la impresión de que el Legislador portugués hubiera incurrido en el mismo error que el Legislador español. Al lector no le resultará sorprendente el que el PL 108/2012 fuera ampliamente contestado en la redes sociales, y por los medios de comunicación; así como que el PL 108/2002 fuera finalmente relegado al limbo de las leyes no natas. Las últimas noticias indican que la situación con respecto a la piratería en Portugal se ha deteriorado notablemente, y que los titulares de derechos de autor empiecen a solicitar insistentemente una “*Ley de Copia Privada*”¹⁵³⁵.

Consecuentemente, ya podemos establecer un patrón en el que los países con un límite de copia privada amplio (o de redacción vaga susceptible de diversas interpretaciones) han tenido que afrontar en sus sociedades situaciones similares de piratería generalizada, que han intentado subsanar en muchos casos tolerándola e intentando compensar a los autores mediante una compensación equitativa indiscriminada e inflada, que también ha terminado resultando contestada socialmente. Esto se debe al enorme “*desorden conceptual*” que un límite de copia privada digital “extenso” trae aparejado. Los gobiernos han utilizado el límite de manera utilitaria, convirtiéndolo con el tiempo en impracticable. Resulta menos impopular cobrar un canon encubierto por la piratería, y tratar de compensar con este mediante la ingeniería legislativa a los usuarios, que perseguir de hecho el intercambio de archivos como el atentado al derecho de propiedad que realmente es. El caso español es sin duda el primer gran fracaso cosechado en estos desafortunados intentos de cuadrar el círculo, en el que el legislador ha terminado por asumir que estos planteamientos no sólo no solucionaban el problema de fondo, sino que provocaban nuevos quebraderos de cabeza. Parece no obstante que en España se está rectificando, aunque no resulta aventurado aseverar que otros países, como por ejemplo Portugal, seguirán el camino de restringir el límite de copia privada al mínimo¹⁵³⁶.

5.1.10 **Reino Unido.**

¹⁵³⁵ *Associação da Cópia Privada avança com queixa contra o Estado*, 4 de abril de 2013. Disponible en http://tek.sapo.pt/noticias/internet/associacao_da_copia_privada_avanca_com_queixa_1309399.html. (Consultado por última vez el 13 de abril de 2013).

¹⁵³⁶ O incluso de abandonarlo completamente. *Japan Makes Private Copying Illegal*, <http://www.techdirt.com/articles/20090616/1544325254.shtml>, (consultado por última vez el 13 de abril de 2012).

La legislación el Reino Unido otorga a los titulares del “copyright” amplios derechos exclusivos y un reducido número de limitaciones a estos derechos. La “*ratio legis*”, al igual que en EE.UU., no es otra que “*estimular a los autores a crear y a distribuir obras nuevas*” ¹⁵³⁷. Como en EE.UU. las limitaciones al “copyright” no son en puridad de técnica legislativa más que defensas a una acusación de infracción del “copyright”, siendo las más relevantes que se agrupan bajo la denominación “*fair dealing*”. No obstante, el ámbito de actuación de la doctrina del “*fair dealing*”, es mucho más restringido que el del “*fair use*” norteamericano, porque “*en contraste con las disposiciones del “fair dealing”, una disposición de “fair use” no se limita a ciertos fines del presunto acto infractor [del “copyright”]*” ¹⁵³⁸.

La implementación de la DDASI en el Reino Unido se realizó mediante Instrumento Legislativo SI 2003/2498 ¹⁵³⁹, que modificó en parte la Ley de Copyright, diseños industriales y patentes de 1988 ¹⁵⁴⁰ (de aquí en adelante CDPA). Como señala GARROTE “*no se ha incorporado expresamente en la CDPA la “prueba de los tres pasos” del artículo 5.5. De la DDASI, seguramente porque se pretende que se siga aplicando en esta materia la jurisprudencia del “fair dealing”. Por tanto, el concepto mismo de “fair dealing” se mantiene inalterado, funcionando como tope general que ninguna excepción puede superar*” ¹⁵⁴¹. La CDPA reconoce en sus Secciones 29 a 31 que las copias realizadas para investigación, estudio privado, crítica o reseña, y con motivo de informar al público están cubiertas por la defensa del “*fair dealing*”. Aunque la CDPA no recoge los factores de interpretación de un acto para que esté cubierto por la defensa; es decir, para que esté considerado como “leal” o “justo”, el “*fair dealing*” no es una norma aplicable “*in vacui*”, sino que se han de tener en cuenta las circunstancias de cada caso. Como señalaba Lord Deming en el famoso caso de Hubara v. Vos per ¹⁵⁴², que sentó las bases para discernir si un acto está cubierto por la defensa del “*fair dealing*” o no lo está:

¹⁵³⁷ “*To encourage authors to create and distribute new works*” BRENNCKE, MARTIN, *Is fair Use an Option for U.K. Copyright Legislation?*, Institut für Wirtschaftsrecht Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, noviembre 2007. Pág. 6. (Traducción del autor).

¹⁵³⁸ NOTA “*...in contrast with the fair dealing provisions, a fair use provision is not limited to certain purposes of the allegedly infringing act*” Ídem. (Traducción del autor).

¹⁵³⁹ Statutory Instrument 2003/2498.

¹⁵⁴⁰ 1988 Copyright, Designs, and Patents Act.

¹⁵⁴¹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 54.

¹⁵⁴² (1971), [1972] 1 All E.R. 1023, [1972] 2 W.L.R. 389.

“Es imposible determinar lo que sea el “fair dealing”. Debe ser una cuestión de grado. Primero se deben considerar el número de citaciones y extractos. ¿Son considerados en su totalidad demasiados y demasiado largos para ser [una citación] justa? Entonces se debe considerar el uso que se haga de ellos. Si se usan como base para un comentario, crítica o reseña, entonces podríamos encontrarnos ante “fair dealing”. Si se usan para realizar el mismo fin que el autor, rivalizando con este, esto [este acto] podría ser injusto. Después hay que considerar las proporciones. Tomar extractos largos y añadir comentarios cortos podría ser un uso leal. No obstante, extractos cortos con comentarios largos también podría ser [un uso] leal. Se me corren otras consideraciones, pero después de todo, debe ser un asunto de impresión [del examinador] [el subrayado es mío]” ¹⁵⁴³.

El profesor D’AGOSTINO enumera los factores del “fair dealing”, que han sido reiteradamente utilizados por la jurisprudencia británica: (1) la naturaleza de la obra: si esta no está publicada es más probable que no nos hallemos ante un uso “leal”; (2) cómo se obtuvo la obra: si la obra ha sido robada o filtrada sin el consentimiento del autor, probablemente el uso no sea “leal”; (3) la cantidad de la obra considerada en su totalidad que se ha reproducido, comunicado, etc. (4) el uso que se haga de la obra; (5) si se ha obtenido un beneficio comercial; (6) los motivos subjetivos para realizar el acto en cuestión; (7) las consecuencias derivadas del acto, por ejemplo, para el mercado; y (8) y si el mismo fin se podría haber conseguido por diferentes métodos. En el caso *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.*, ¹⁵⁴⁴ se especifica fallar con bastante precisión la jerarquía entre los factores que han de ser tomados en consideración para desentrañar si existe o no una defensa de “fair dealing” aplicable. Estos factores son:

“(1) Si existe un sustituto en el mercado para el acto en cuestión (si es así, [la defensa de] el “fair dealing” “fracasará casi con total seguridad”;

¹⁵⁴³ “It is impossible to define what is ‘fair dealing’. It must be a question of degree. You must consider first the number and extent of the quotations and extracts. Are they altogether too many and too long to be fair? Then you must consider the use made of them. If they are used as a basis for comment, criticism or review, that may be a fair dealing. If they are used to convey the same information as the author for a rival purpose, that may be unfair. Next, you must consider the proportions. To take long extracts and attach short comments may be fair. But, short extracts and long comments may be fair. Other considerations may come to mind also. But, after all is said and done, it must be a matter of impression” NOTA Referenciado por D’AGOSTINO, Op. Cit. Pág. 342 (Traducción del autor).

¹⁵⁴⁴ *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1142, [2002] Ch. 149.

(2) *si la obra ha sido publicada o expuesta previamente al público (si no lo ha sido [la defensa de] el “fair dealing” fracasará, especialmente si la obra se obtuvo mediante un abuso de confianza, o por otro método poco honesto. Aquí el motivo [de quien haya divulgado ilícitamente la obra] es de especial relevancia;*

(3) *La cantidad de la obra que se haya tomado (aunque una parte substancial de la obra se podría permitir [que estuviera amparada por la defensa])”* ¹⁵⁴⁵ .

Hay que volver a reiterar que este test resulta válido para usos de investigación o estudio, crítica o reseña, o para reportar noticias, y que en el Reino Unido no existe una norma que contemple el límite de copia privada con carácter general. No obstante tenemos que hablar del artículo 70 de la CDPA, que autores como WESTCAMP indican deriva de la trasposición del artículo 5.2 b) de la DAASI ¹⁵⁴⁶ . El artículo 70 de la CDPA permite la copia privada de emisiones de televisión por razones de “*time-shifting*”. Este límite ya existía en el derecho británico, y ha sido modificado en el sentido de que la copia se ha de realizar en un ámbito físico doméstico, y que las reproducciones realizadas al amparo del límite no sean utilizadas por parte del usuario para ningún otro fin. Además se ha reducido el ámbito del límite a las emisiones televisivas realizadas en abierto, borrándose de la norma la referencia a las emisiones televisivas realizadas por cable ¹⁵⁴⁷ . La normativa británica no ha incorporado el límite de copia privada a las actuaciones en directo (que como vimos sí se reconoce en el derecho irlandés). La sección 70 de la CDPA se lee como sigue:

“Sección 70: Grabaciones para fines de “time shifting”

(1) *La realización en un ámbito físico doméstico para un uso privado y doméstico de la grabación de un programa de televisión en abierto con el fin de permitir que este sea visto o escuchado [por el copista] a una hora más conveniente [para él] no infringe el copyright en tal emisión, o en cualquier obra que se incluya en ella.*

¹⁵⁴⁵ “(1) whether there was a market substitute to the dealing (if so, fair dealing will “most certainly fail”), (2) whether the work was published or previously exposed to the public (if not, fair dealing will fail, especially if the work was obtained by breach of confidence or some other underhanded way; here, motive is relevant), (3) the extent of the work taken (though a substantial part of the entire work may be allowed)”. Ídem. Párrafos 70-77. Referenciado en D’AGOSTINO, Op. Cit. Pág. 343. (Traducción del autor).

¹⁵⁴⁶ Aunque vagamente, como ocurre en el caso irlandés. WESTKAMP, GUIDO, Op. Cit. Pág. 443.

¹⁵⁴⁷ Ídem.

(2) Cuando una copia que de otra forma infrinja el copyright se realice de acuerdo con esta sección, pero subsecuentemente se comercialice con ella.

(a) Se tratara como una copia infractora del copyright a efectos de tal comercio;

(b) Si tal comercio infringe el copyright, la copia será tratada como infractora del mismo a todos los efectos subsiguientes;

(3) En la subsección (2) “comercializada” significa vendida o alquilada, ofrecida o expuesta para su venta o alquiler, o comunicada al público” ¹⁵⁴⁸ .

El resto de las normas colaterales a la Sección 70, agrupadas bajo el epígrafe “normas heterogéneas” (“miscellaneous”), tratan de temas tan variados como la inclusión (muy restringida) en el límite de obras que se comuniquen mediante las emisiones televisivas de la Sección 71; o de la exclusión “a contrario sensu” (puesto que se permite expresamente a ciertas personas jurídicas designadas por la autoridad, o “designated bodies”) de las personas físicas de la posibilidad de realizar reproducciones con la finalidad de construir un archivo o fonoteca/videoteca. Esta última norma a GARROTE le parece algo ingenua ¹⁵⁴⁹ , pero es que en realidad, junto a la Sección 70, no es más que un calco de la “ratio legis” que subyacía a la Sentencia americana SONY ¹⁵⁵⁰ , y que se recogía en el AMLPI 2013, y que de manera explícita exigía que las reproducciones privadas que se realicen “únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno” fuesen temporales, ya que de faltar este requisito las copias podrían tener un efecto sustitutivo del original en el mercado. Es por ello que el PMLPI 2014, al eliminar el requisito de temporalidad en la copia, permite que los usuarios utilicen las copias con el objeto de

¹⁵⁴⁸ “Section 70: Recording for purposes of time-shifting.

The making in domestic premises for private and domestic use of a recording of a broadcast solely for the purpose of enabling it to be viewed or listened to at a more convenient time does not infringe any copyright in the broadcast or in any work included in it.

Where a copy which would otherwise be an infringing copy is made in accordance with this section but is subsequently dealt with.

(a) it shall be treated as an infringing copy for the purposes of that dealing; and .

(b) if that dealing infringes copyright, it shall be treated as an infringing copy for all subsequent purposes”.

(3) In subsection (2), “dealt with” means sold or let for hire, offered or exposed for sale or hire or communicated to the public”. (Traducción del autor).

¹⁵⁴⁹ GARROTE Op. Cit. Pág. 56.

¹⁵⁵⁰ La sentencia SONY permitía la comercialización de aparatos de grabación de video analógicos puesto que estos se podían utilizar para usos legítimos; puesto que una grabadora de videocasete analógica era capaz de realizar actos que no son antijurídicos, como la grabación por razones de “time-shifting”, o de programas que estén en el dominio público, y se aclaraba que el uso de estos aparatos con el fin de que el usuario se construya una videoteca de sus películas o series favoritas no está cubierto por el “fair use”, y por tanto es una infracción del copyright. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 417-18, 437-39 (1984).

construirse una videoteca. Esta es una opción legítima, aunque si la copia se destina a videoteca, entonces tendrá un carácter “sustitutivo” del original.

Por tanto, por exclusión los actos de “*format-shifting*” en el Reino Unido no están cubiertos por la doctrina del “*fair dealing*”, BRENNCKE opina que por tanto son ilícitos:

“Por ejemplo, fijémonos en el “format-shifting”. “Format shifting” se refiere a un acto de un individuo que cambia el formato de una obra sujeta al copyright con la ayuda de la técnica: ej. El individuo que copia un video de su propiedad en un formato digital, o que copia música de un DVD que él o ella ha comprado a un ordenador o reproductor MP3 para su uso personal. La ley sobre copyright del Reino Unido carece de una disposición que permita la copia para uso privado o personal. Por tanto, los actos de “format-shifting” de material sujeto al copyright infringen el copyright y están prohibidos” ¹⁵⁵¹ .

No obstante, posturas como la de BRENNCKE, y la de una muy significativa parte de la doctrina adolecen de un error inicial de planteamiento: una desconfianza casi radical en el mercado. Estos actos pueden ser permitidos por el titular de derechos o su licenciatario mediante contrato con el usuario, y de hecho lo son en la realidad ya que es beneficioso para la comercialización digital de obras de creación que el usuario pueda usarlas y disfrutarlas en distintos formatos (es más mercado). El mercado de obras de creación, si bien puede ser conservador, y de hecho la historia jurisprudencial demuestra una desconfianza inicial casi ludista frente a las nuevas plataformas de comunicación, también ha demostrado una adaptación prodigiosa a las mismas, superada la fase de choque inicial. Una vez que la industria fracasó en su empeño en prohibir los grabadores caseros de video analógicos (VCR), la industria decidió usar la nueva plataforma en su beneficio, y pronto los beneficios por venta y alquiler de obras audiovisuales superaron ampliamente a los derivados de la exhibición por canales tradicionales, como la exhibición en salas o por televisión (exhibición a la que por cierto también se opuso la industria del cine en su génesis). Esto ha ocurrido asimismo

¹⁵⁵¹ “Take format shifting for instance. Format shifting refers to an act of an individual changing the format of a copyrighted work with the help of technical devices; e.g. the individual copies a video he or she owns into a digital format or copies music from a DVD he or she purchased onto a computer or MP3 player for personal use. U.K. copyright law lacks a provision which allows copying for private or personal use. Therefore, format shifting of copyright material infringes copyright under U.K. law and is prohibited”. BRENNCKE, MARTIN, Op. Cit. Pág 9. (Traducción del autor).

con los DVD's, y está ocurriendo con las nuevas plataformas de puesta a disposición vía “*streaming*” (NETFLIX, etc). Cuando la situación exige que los usuarios puedan realizar una copia personal; el mercado proporciona esta opción por sí mismo (iTunes). Esto es porque la tendencia natural del mercado de obras de creación es la de utilizar todas las plataformas posibles, presentes y futuras; siempre, claro está que lo puedan hacer con la seguridad de que estas no permitan la competencia desleal que supone la piratería. Por lo tanto la copia personal de una obra realizada por razones de “*format-shifting*” no está prohibida en el Reino Unido, tal y como señala BRENNCKE: está prohibida sin autorización del titular de derechos sobre esa obra (o de su licenciatario autorizado para prestar tal autorización).

Al contar con un ámbito tan extremadamente reducido en cuanto al límite de copia privada, lógicamente el Reino Unido no tiene un sistema establecido un de compensación retributiva en su normativa, lo cual ha suscitado numerosas críticas en el sentido de que obviamente no parece muy acorde con el afán de normalización que se presume de los instrumentos nacidos en el seno de la UE, como la DDASI, con el hecho de que como hemos señalado un autor británico participa en España de lo que se recaude en concepto de compensación retributiva a través del canon (y participará a partir de ahora de lo que les dé el Gobierno a las Entidades de gestión por este concepto), y un autor español no cobrará un céntimo en el Reino Unido por este concepto.

Lo mencionado más arriba no significa que el Reino Unido sea un país de “talibanes de la propiedad intelectual”, ni que el Gobierno no intervenga nunca en el mercado para velar por los intereses de los usuarios. Lo que la normativa del Reino Unido prevé es un sistema de licencias compulsivas que están reguladas minuciosamente, y cuyas condiciones están sujetas a la jurisdicción de un “*Tribunal del Copyright*”. El montante de estas licencias se establece por las Entidades de gestión y ha de ser notificado al Secretario de Estado ¹⁵⁵². Los actos objetos de este sistema de licencias se recogen en el artículo 117 de la CDPA:

“Sección 117: Los sistemas de licencias a los que las siguientes Secciones [de la CDPA] se aplican:

¹⁵⁵² WESTKAMP, Op. Cit. Pág. 447.

Las secciones 118 a 123 (referencias y aplicaciones con respecto a los sistemas de licencias) se aplican a los sistemas de licencias que se gestionan por sociedades de concesión de licencias, y que cubre obras de más de un autor, siempre que estén relacionadas con licencias por [actos de]:

- a) Copia;*
- b) alquiler o préstamo de la obra al público;*
- c) representación; exhibición, o interpretación de la obra en público, o;*
- d) comunicación de la obra al público;*

además [todas] las referencias en estas secciones a un sistema de licencias se habrán de construir de esta manera” ¹⁵⁵³ .

De hecho, estoy de acuerdo con KRETSCHMER en que un sistema de compensación retributiva a través de licencias individuales otorgadas al usuario por el titular de derechos sobre una obra, o su licenciatario autorizado (por ejemplo iTunes, o iCloud) , o por medio de licencias colectivas o licencias de pleno derecho (licencias compulsivas de acuerdo a una norma legal, por ejemplo la de préstamo de una biblioteca), cubre un espectro de actos mucho más amplio que el que garantiza el límite de copia privada, no priva a los titulares de derecho de forma tan flagrante de su propiedad, y es mucho más adaptable a las nuevas realidades digitales, en las que no hemos visto aun nada en cuanto a las posibilidades de negocio mediante la explotación de las obras de creación en nuevas plataformas digitales. Claro, que para desarrollar estas de manera eficiente, hay que expulsar primero a los “free riders” del mercado ¹⁵⁵⁴ . KRETSCHNER propone incluir los siguientes actos no comerciales en este sistema de licencias:

“1. La realización de copias [personales] de seguridad, archivo, “time-shifting”, “format-shifting”;

¹⁵⁵³ “Licensing schemes to which following sections apply.

Sections 118 to 123 (references and applications with respect to licensing schemes) apply to licensing schemes which are operated by licensing bodies and cover works of more than one author, so far as they relate to licences for—

(a) copying the work, .

(b) rental or lending of copies of the work to the public, .

(c) performing, showing or playing the work in public, or .

(d) communicating the work to the public;

and references in those sections to a licensing scheme shall be construed accordingly”. (Traducción del autor)”.

¹⁵⁵⁴ KRETSCHMER, MARTIN, *Private Copying and Fair Compensation An empirical study of Copyright Levies in Europe*, Informe para la Oficina de Propiedad Intelectual del Reino Unido, 2011. Pág. 70.

2. Donación de copias a familia y amigos;
3. Descargas [legales] para uso personal;
4. Subida [de documentos o archivos] a depósitos digitales;
5. Intercambio de archivos en redes digitales;
6. Publicaciones online, interpretaciones, y distribución de entre redes de amigos;
7. Contenido generado por los usuarios, actos de “mixing”, y de “mash-up” (actividades privadas hechas públicas) ¹⁵⁵⁵.

El lector que me haya seguido hasta ahora posiblemente exclamará: ¿Cómo? ¿Intercambio de archivos para redes digitales? Pues sí. Porque el sistema de copia privada no cubre el intercambio de archivos para redes digitales, mientras que un sistema de licencias sí podría hacerlo, si el mercado así lo considera, pudiendo mantener sus obras fuera de estas plataformas los autores que así lo desearan, a través de medidas tecnológicas de seguridad, y a través de la protección legal mediante una obligación de monitorizar que recaería sobre los responsables de estos sistemas. Si esta opción no se ha desarrollado no es porque resulte técnicamente imposible, sino porque la legislación no protege ni impulsa el nacimiento de estos modelos. Como sigue explicando KRETSCHNER este sistema de licencias no iría en contra de la “regla de los tres pasos”, y resultaría consistente con la obligación impuesta por la DDASI de crear una compensación equitativa. Además “*El acceso a la licencia y el pago de la compensación para los titulares de derechos y los usuarios sería voluntario. Por ejemplo, los consumidores que no se apuntaran a deberían garantizar que su dirección de IP no se utilizaría para las actividades incluidas en los números 3 a 7, mientras que a los titulares de derechos que explícitamente prohíban la copia privada más allá de los supuestos 1 y 2, se les permitiría usar la vía judicial para defender sus derechos (con una compensación disponible como indemnización por daños a través de los tribunales)*” ¹⁵⁵⁶. Por tanto, así solamente formaría parte del sistema quien quisiera formar parte

¹⁵⁵⁵ “(i) Making back-up copies / archiving / time shifting / format shifting

(ii) Passing copies to family / friends

(iii) Downloading for personal use

(iv) Uploading to digital storage facilities

(v) File sharing in digital networks

(vi) Online publication, performance and distribution within networks of friends

(vii) User generated content / mixing / mash-up (private activities made public)” Ídem. Pág 71. (Traducción del autor).

¹⁵⁵⁶ “For both right holders and users, access to the licence and payment of compensation could be voluntary. For example, consumers who do not sign up may have to warrant that their IP address would not be used for activities (iii) to (vii); while right owners explicitly prohibiting private copying beyond (i) and (ii) would be left to enforce their

del mismo, y ni pagarían un canon quienes usaran soportes o aparatos capaces de realizar copias digitales para usos que quedasen fuera del actual límite de copia privada, ni pagarían los actos de piratería de unos pocos (o de muchos, da lo mismo) todos los ciudadanos, como sucede en España en el momento actual (aunque para ser honestos, la cantidad asignada en los Presupuestos Generales del Estado por este concepto es mínima; producto, como veremos, de la proyectada restricción legal del límite).

No obstante, y por si quedara alguna duda, el Reino Unido va a adoptar en su legislación otro supuesto de límite de copia privada muy restringido para adaptar su legislación a la realidad que supone el “*format-shifting*”, y que de adoptarse (junto con el límite ya existente en Gran Bretaña por razones de “*time-shifting*” que hemos reseñado más arriba), provocaría que la legislación del Reino Unido, y la legislación española sobre copia privada de llevarse a cabo la modificación propuesta del artículo 31 de la LPI, se parecieran considerablemente. El tratamiento de esta noticia en algunos medios de comunicación españoles delata su inanidad, puesto que algunos medios señalaban que “*esta modificación en la normativa situaría a España como uno de los países más restrictivos en el tema de la copia privada, por delante del Reino Unido, que en 2011 cambió su legislación declarando legal la copia privada*”¹⁵⁵⁷.

La modificación responde a un informe realizado por el profesor HARGREAVES en cuanto a cuáles serían las modificaciones necesarias que habría que acometer en la Ley de Copyright británica, previa consulta del gobierno de aquel país. El propio Gobierno británico ha informado de que:

“En respuesta a la consulta realizada anteriormente en este año, el gobierno realizara reformas [en su Ley sobre Copyright] en:

rights (with compensation only available as damages through the court system)”. Ídem. Pág. 72 (Traducción del autor).

¹⁵⁵⁷ NAVARRETE, ÁNGEL, *El gobierno se plantea perseguir por ley las copias privadas, que hoy son legales*, Diario ABC, 14 de marzo de 2013. Disponible en <http://www.abc.es/cultura/20130314/abci-copia-privada-canon-propiedad-201303131126.html>. (consultado por última vez el 13 de abril de 2013).

El límite de copia privada. Para permitir a las personas [físicas] copiar contenido digital que hubieran comprado en cualquier medio o aparato del que sean propietarios, pero estrictamente para su uso personal como puede ser transferir su colección de música o de eBooks a su tableta, teléfono, o a una “nube” privada”

1558

Así pues, la modificación responde a la inclusión en el ordenamiento jurídico de la realidad que suponen los actos de reproducción con motivo del “*format-shifting*” que realizan rutinariamente los usuarios, y deberá necesariamente llevar aparejada una compensación equitativa. Es un límite de copia privada muy restrictivo y está motivado por la imposibilidad de control de estos actos en la esfera privada de los usuarios (por ejemplo, en “nubes” privadas). Como en el Anteproyecto y el Proyecto español, la modificación implica que necesariamente los usuarios de realizar estas copias privadas deberán gozar de un derecho de propiedad sobre la copia sobre la que se realice (es decir, haberla comprado), y sobre el aparato en que se realice. Así pues, podemos observar otro patrón: el de armonización progresiva de las legislaciones sobre copia privada en el seno de la Unión Europea, no por causa de una Directiva, sino por la propia realidad (recordemos el método de MOOR), y reconociendo un límite de copia privada muy restringido fundamentado en la “imposibilidad de control” (cuando esta exista).

El Reino Unido también ha aprobado la “*Digital Economy Act*”, Ley destinada a luchar contra la piratería en la Red. El Dictamen del Consejo de Estado de España Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013 de 11 de noviembre de 2013 sobre el Anteproyecto de reforma de la LPI de resume muy bien en que consiste esta Ley:

“Finalmente, por lo que se refiere al Reino Unido, desde marzo de 2010 en que se aprobó la Digital Economy Act, se instaura un sistema de avisos similar al instaurado en Francia.

¹⁵⁵⁸ “*In response to a consultation earlier this year, the Government will make changes to:*

Private copying - to permit people to copy digital content they have bought onto any medium or device that they own, but strictly for their own personal use such as transferring their music collection or eBooks to their tablet, phone or to a private cloud”. Consumers given more copyright freedom. Department for Business, Innovation and Skills. Intellectual Property Office. Comunicado oficial publicado en la Red el 20 de diciembre de 2012. Disponible en <http://news.bis.gov.uk/Press-Releases/Consumers-given-more-copyright-freedom-68542.aspx>. (Consultado por última vez el 13 de abril de 2013) (Traducción del autor).

Al igual que el sistema francés basado en el criterio de los tres avisos, la legislación británica establece mecanismos dirigidos a permitir a los titulares de derechos de propiedad intelectual la limitación o supresión de la prestación de servicios de acceso a Internet a los clientes de las empresas proveedoras de acceso que infrinjan derechos de propiedad intelectual, al tiempo que contempla también la posibilidad de que los tribunales adopten medidas para bloquear sitios de Internet a través de los que se infringen tales derechos.

El sistema, que fue considerado constitucional por Sentencia de la Court of Appeal (Civil Division) de 6 de marzo de 2012 (asunto British Telecommunications Plc. y TalkTalk Telecom Group Plc. contra Secretary of State for Culture), contempla sanciones tanto a usuarios como a empresas proveedoras de servicios”.

5.2 **EE.UU.**

En los EE.UU. la protección de los derechos sobre propiedad intelectual se justifica conceptualmente sólo porque sirve de incentivo para la creación y distribución de contenidos; para la mayor producción de obras de creación que inciden positivamente en el bien común. La protección de obras de creación no se fundamenta entonces en derechos morales o naturales de los creadores. La legislación americana sobre copyright se basa exclusivamente en que, dada la naturaleza final de bien común y público de las obras de creación, no se produzca una escasez de estas obras producida por la falta de incentivos económicos de los creadores, que como todo ciudadano libre, aspiran a ser retribuidos por su trabajo. Así, históricamente el “derecho de copia” o “*copyright*” americano difiere de manera sustancial del Derecho de Autor español, aunque por mor de la incidencia del derecho internacional público las diferencias entre ambos se han ido atenuando paulatinamente ¹⁵⁵⁹. La explicación hay que buscarla, según MIRÓ LLINARES, en el interés protegido, puesto que como hemos dicho, en el plano teórico, mientras en la legislación anglosajona sobre propiedad intelectual el interés protegido no es otro que el general de la

¹⁵⁵⁹ Por ejemplo, con la adopción por EE.UU. de ciertos derecho morales (limitados, eso sí), debido a la suscripción por este país del Convenio de Berna, y la necesidad de adoptar en su legislación el artículo 6 (bis) del mismo. En Europa se ha admitido que personas jurídicas puedan ser titulares de determinados derechos de autor. V. SPANGLER, CASSANDRA; *Comment the Integrity Right of an MP3 How the Introduction of Moral Rights into U.S. Law Can Help Combat Illegal Peer-to-Peer Music File Sharing*, Seton Hall Law Review, Vol. 39, 2009. Pág 1307.

comunidad, en la legislación continental, el interés protegido es el particular de los autores ¹⁵⁶⁰. Además el peso de la jurisprudencia no es el mismo en ambos sistemas jurídicos, lo que provoca que, mientras en EE.UU. son los tribunales de justicia los que definen (en muchas ocasiones de manera casuística) el contorno preciso del “*fair use*”, en Europa las excepciones al derecho de reproducción constituyen un “*numerus clausus*” que se encuentra en la norma emanada del poder legislativo.

No obstante, y de manera contraintuitiva, el límite de copia privada, tanto analógico como digital, sí que ha sido regulado en EE.UU. por el poder legislativo, aunque más allá de la excepción contemplada por la Ley de Grabaciones Domésticas De Audio de 1992 (Audio Home Recording Act o AHRA), consecuencia de la aparición del Digital Audio Tape (de aquí en adelante DAT), y codificada en las secciones 1001 a 1110 de la Ley sobre Copyright norteamericana, las reproducciones realizadas para uso personal, aunque nunca se compartan por parte del usuario o incluso aunque este no las realice conscientemente, constituyen una infracción del “*copyright*” que solo se excusa si son permitidas expresamente por el titular del “*copyright*” o sus licenciarios, o superan el test del “*fair use*” ¹⁵⁶¹. No obstante, hay que añadir que estos usos se toleran, y que Incluso autores tan críticos con el sistema norteamericano como LUNNEY reconocen que “*en los Estados Unidos, aunque no exista una limitación específica para las copias privadas, en más de 200 años, ningún titular de un copyright ha hecho valer con éxito una demanda de infracción sobre copyright contra un individuo hubiera copiado sin autorización una obra para su propio uso privado o personal*” ^{1562 1563} (la piratería en la Red es otra cosa, claro). Por lo tanto, el sistema

¹⁵⁶⁰ MIRÓ LLINARES, FERNANDO. «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas*, N° 2-2007, Marzo 2007. Pág. 18.

¹⁵⁶¹ PAVEL, ASHLEY M., *Reforming the Reproduction Right: The Case for Personal Use Copies*, 24 Berkeley Technology Law Journal, Vol. 24. 2009. Pág. 1620.

¹⁵⁶² Otra cosa son las descargas a través de redes P2P, en que sí se han planteado demandas contra los usuarios individuales que hubiera realizado descargas a través de estas redes, aunque la propia industria reconoce que esto ha sido un error, y estas demandas han caído en desuso en favor de las medidas de respuesta gradual (excepto algunas demandas realizadas por la industria pornográfica en lo que yo considero fraude de ley, y que no tienen por objeto defender el derecho autor, sino más bien llegar a acuerdos rápidos por los usuarios temerosos de su reputación que hubieran realizado descargas de estas obras, realizando un uso de la ley que recuerda mucho al chantaje). Es la manipulación con fines interesados de la Ley realizada al otro lado del espectro.

¹⁵⁶³ “*In the United States, although there is no specific exemption for private copying, for more than two hundred years, no copyright owner successfully asserted an infringement claim against an individual who without authorization copied a work for their own personal or private use*”. LUNNEY, GLYNN S., *Copyright, Private Copying, and Discrete Public Goods*, Tulane Journal of Technology & Intellectual Property, vol. 12, 2009. Pág. 27 (Traducción del autor).

norteamericano, en la realidad no es tan salvajemente opresivo sobre los usuarios como algunos nos quieren hacer creer.

En cuanto a mi afirmación realizada en el párrafo anterior, en el sentido de que estos usos inofensivos se toleran por parte de la industria, la Asociación la Industria Discográfica de América (“*Recording Industry Association of America*”, o RIAA), concede que realizar una copia para uso personal está permitido en el país americano, aunque por supuesto no existe un derecho del usuario a realizar copias no autorizadas. La propia página web de la RIAA clarifica este punto:

- *“Es correcto copiar música en un casete analógico, pero no con fines comerciales.*
- *También es correcto copiar música en CD-R de audio especiales, mini-discs, y cintas digitales (porque en ellas se pagan royalties); pero, de nuevo, nunca con fines comerciales.*
- *Más allá de estos usos, no existe un “derecho” en la Ley a copiar música sujeta a derechos de autor en un CD-R. No obstante, copiar una copia desde un CD a un CD-R, o a transferir una copia en el disco duro de un ordenador, o de un reproductor de música portátil, normalmente no ocasionará ningún problema [al usuario] siempre que: (1) la copia sea hecha desde un CD original autorizado que sea de propiedad legítima [del usuario]; (2) la copia se utilice sólo para uso personal [del usuario]; de hecho es ilegal [el acto de] dar o prestar la copia a otros para que [a su vez] la copien.”*

¹⁵⁶⁴

El límite de copia privada para fonogramas se instauró en EE.UU. mediante la Ley sobre Grabación de Fonogramas de 1971 ¹⁵⁶⁵, o “*Sound Recording Act*” (en adelante, SRA) ¹⁵⁶⁶, la cual convertía en objeto de derecho de la Ley Federal sobre Copyright a las grabaciones de sonido, pero

¹⁵⁶⁴ “*It’s okay to copy music onto an analog cassette, but no for commercial purposes. It’s also okay to copy music onto special audio CD-R’s, mini-discs, and digital tapes (because royalties have been paid on them) - but, again, not for commercial purposes.*

Beyond that, there’s no legal “right” to copy the copyrighted music onto a CD-R. However, burning a copy of a CD onto a CD-R, or transferring a copy onto your computer hard drive or your portable music player, won’t usually raise concerns so long as: (1) The copy is made from an authorized original CD that you legitimately own; (2) The copy is just for your personal use – in fact, it’s illegal – to give away the copy or lend it to others for copying”. http://www.riaa.com/physicalpiracy.php?content_selector=piracy_online_the_law. (Visitada por última vez el 29 de marzo de 2012). (Traducción del autor).

¹⁵⁶⁵ Traducción del autor.

¹⁵⁶⁶ Sound Recording Act of 1971, Pub. L. No. 92-140, 85 Stat. 391.

exceptuaba cierto tipo de reproducciones realizadas para uso personal, que se mantuvieron en la codificación de la Ley sobre Copyright en 1976 ¹⁵⁶⁷ . El Comité del Congreso de los EE.UU. durante las deliberaciones previas a la aprobación de la Ley, señaló expresamente lo siguiente:

“Al aprobar la creación de un derecho de copia limitado sobre los fonogramas es la intención de este Comité que este copyright limitado no otorgue [a su titular] derechos más amplios que los convenidos para otros propietarios de copyright bajo el existente Título 17. De manera específica, no es la intención del Comité restringir la grabación doméstica, realizada tanto de emisiones radiofónicas como de casetes o discos, de interpretaciones grabadas, Cuando la grabación doméstica es para uso privado y sin el propósito de volver a reproducirla o capitalizarla comercialmente de otra manera. Esta práctica resulta común y se encuentra libre de trabas hoy, y los productores de fonogramas así como los intérpretes o ejecutantes no estarían en una posición diferente de aquella de los propietarios de copyright en cuanto a las composiciones musicales grabadas durante los últimos 20 años” ¹⁵⁶⁸ .

Por tanto, el Congreso Norteamericano reconocía la realidad de las grabaciones domésticas imposibles de controlar por parte de los titulares de derechos.

Siguiendo un orden cronológico, tenemos que hablar ahora de la decisión judicial más influyente en EE.UU. en cuanto al ámbito de responsabilidad derivativa de los fabricantes de aparatos capaces de realizar copias privadas domésticas en el marco de procesos relativos a ilícitos sobre la propiedad intelectual: la celeberrima Sentencia SONY ¹⁵⁶⁹ . En ella, el Tribunal Supremo de EE.UU. tomo prestado de la Ley sobre Patentes el concepto consistente en que existe la posibilidad de que una invención fuere potencialmente capaz de ser utilizado de manera ilícita. La Sentencia aplica este concepto a la legislación sobre “copyright” señalando que “*alguien que distribuya un aparato que posibilite infracciones [del “copyright”] no será hallado responsable de tales*

¹⁵⁶⁷ Copyright Act. Title 17 U.S.C. (Título 17 del “United States Code”).

¹⁵⁶⁸ “*In approving the creation of a limited copyright in sound recordings it is the intention of the Committee that this limited copyright not grant any broader rights than are accorded to other copyright proprietors under existing title 17. Specifically, it is not the intention of the Committee to restrain the home recording, from broadcasts or from tapes or records, of recorded performances, where the home recording is for private use and with no purpose of reproducing or otherwise capitalizing commercially on it. This practice is common and unrestrained today, and the record producers and performers would be in no different position from that of the owners of copyright in recorded musical compositions in the past 20 years*”. H.R. Rep. No. 487, 92d Cong., 1st Sess. 7 (1971). (Traducción del autor)

¹⁵⁶⁹ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

infracciones posteriores si el aparato se usa de manera extendida para propósitos que sean incuestionablemente legítimos. Por supuesto [el aparato] necesita solamente ser más que meramente capaz de realizar acciones no-ilícitas” ¹⁵⁷⁰ ¹⁵⁷¹ . Así, colateral e incidentalmente, al señalar algunos de los usos lícitos de los que el aparato objeto de la controversia judicial fuere capaz, el tribunal supremo de los EE.UU. especificó algunos actos de los usuarios que caían dentro del ámbito del “*fair use*”; esto es (valga la analogía y “*a grosso modo*”), dentro del límite de copia privada.

Por ello, incluso si en el seno de la Compañía SONY, como distribuidora del aparato de grabación de video SONY Betamax, hubieran estado seguros de que tal aparato se iba a utilizar por sus clientes para reproducir de forma ilícita contenidos protegidos por la Ley sobre Copyright, si el aparato era capaz de usos legítimos, no se podría hallar a la compañía responsable derivativa o causante indirecta de tales ilícitos por parte de un Tribunal. El uso legítimo más importante del que el Tribunal en el caso Sony determino era capaz el aparato de grabación de video era el llamado “*time-shifting*” ¹⁵⁷² , que se consideraba englobado en la doctrina del “*fair use*” o de usos justificados, que actúan como límite de los derechos de los titulares del “*copyright*” sobre la obra ¹⁵⁷³ . “*Así, el aparato de grabación de video era más que “meramente capaz” de un uso substancialmente no-ilícito, puesto que se determinó que la mayoría de sus usuarios no iban a infringir la Ley sobre copyright. Los hechos en SONY por tanto, no son de mucha ayuda para determinar si un Tribunal podría decidir que una minoría de usuarios que no violen el copyright seria substancial para este propósito”* ¹⁵⁷⁴ . Este estándar de “uso no-ilícito” sobrevivió incontestado hasta el final del milenio.

¹⁵⁷⁰ “*One who distributes an infringement-enabling device will not be liable for the ensuing infringements if the device is “widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed it need merely be capable of substantial non infringing uses.”* Id. en 442. (Traducción del autor)

¹⁵⁷¹ T del A.

¹⁵⁷² La grabación por los usuarios de un programa de televisión que no pudieran ver a la hora de su emisión, con el objetivo de verlo a conveniencia posteriormente, y posteriormente borrarlo.

¹⁵⁷³ En este caso, por ejemplo, la doctrina del “*fair use*”, no obligaría a los usuarios a pedir la autorización del titular, propietario del copyright, para realizar una reproducción de una obra; de una manera análoga al límite sobre copias privadas que establece el Artículo 31.2 del TRLPI.

¹⁵⁷⁴ GINSBURG, JANE C.. *Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship International Obligations and the U.S. Experience*, Columbia Journal of Law & the Arts, vol. 29. 2005. Pág 581 (Traducción del autor).

De las encuestas realizadas con motivo de las diligencias que se practicaron en los procedimientos realizados por los Tribunales inferiores en primera instancia y en apelación, el Tribunal Supremo dedujo “*que el uso primigenio de la máquina para la mayoría de sus propietarios era el “time-shifting” –la práctica de grabar un programa con el objeto de visionarla una vez a una hora posterior [a su emisión], y posteriormente borrarlo. La práctica del “time-shifting” permite a los televidentes de programas que de otra forma se perderían porque no estar en casa, se encuentran ocupados con otros asuntos, o están viendo un programa en otro canal al mismo tiempo que se realiza una emisión que desean visionar. Ambas encuestas también mostraban, no obstante, que un número sustancial de los entrevistados habían acumulado videotecas de cintas [grabadas de la televisión]*” ¹⁵⁷⁵ .

El Tribunal consideró que entre los titulares de derechos del contenido emitido en la totalidad de la parrilla televisiva, un poco menos del 10% estaba conforme con la práctica del “time-shifting” por parte de los usuarios. Incluso cuando esta práctica no hubiera estado autorizada por los titulares de derechos, para el Tribunal Supremo tal práctica no resultaba lesiva para sus intereses, y toda argumentación en el sentido de que dicha práctica afectaría su mercado potencial futuro (reposiciones, etc.) resultaba una construcción artificial. Por ello, el Tribunal Supremo falló que las reproducciones no autorizadas de los usuarios por razón de “time-shifting” constituían “fair use” (siempre que no se realizaran con el objeto de que el usuario se construyera una videoteca, puesto que si tal cosa ocurría estas copias se convertirían en “sustitutivas”, y sí afectarían al mercado potencial de los titulares de derechos) ¹⁵⁷⁶ . Este es también el origen de la nueva redacción del artículo 31 de la LPI, de llevarse finalmente a buen puerto la reforma proyectada por el Gobierno. Tiene pues su fundamento en la sentencia SONY el que el novísimo proyectado artículo 31.2 b) 2º de la LPI prescribirá (de llevarse a cabo la reforma) que la copia privada realizada de una emisión televisiva ha de ser “temporal”, puesto que de no darse el requisito de

¹⁵⁷⁵ “...that the primary use of the machine for most owners was “time-shifting” -- the practice of recording a program to view it once at a later time, and thereafter erasing it. Time-shifting enables viewers to see programs they otherwise would miss because they are not at home, are occupied with other tasks, or are viewing a program on another station at the time of a broadcast that they desire to watch. Both surveys also showed, however, that a substantial number of interviewees had accumulated libraries of tapes”. Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984). Pág. 423. (Traducción del autor).

¹⁵⁷⁶ Ídem. Pág. 456.

temporalidad la copia tendría un efecto sustitutivo el mercado potencial de los titulares de derechos de autor sobre la obra.

Así pues, esta es la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, vigente desde el año 1984. Dado el sistema jurisprudencial norteamericano, esta sentencia se citó (y se cita) una y otra vez en casos relativos a utilizaciones no autorizadas por parte de los usuarios de obras sujetas al “*copyright*” utilizando nuevas tecnologías. Además, los sucesivos legisladores han tenido muy en cuenta esta sentencia a la hora de legislar sobre licitud de los usos no autorizados de obras sujetas al “*copyright*”.

El siguiente paso en cuanto al reconocimiento y configuración del límite de copia privada en EE.UU. se dió en EE.UU. por parte del poder legislativo, y tuvo lugar, como casi siempre, como respuesta directa a una innovación tecnológica. En este caso un sistema para la grabación doméstica de fonogramas que utilizaba tecnología digital, con lo que las grabaciones sucesivas no experimentarían la degradabilidad inherente a las grabaciones analógicas. Esta es la primera instancia que suponía la aparición tanto de la tecnología digital para grabación de audio, con la consiguiente no degradación de las sucesivas copias, de las medidas tecnológicas anti-copia ¹⁵⁷⁷, y de la intervención del Estado, en este caso del legislador, para resolver un conflicto que representa la protohistoria del dilema digital.

A mediados de los años 80 SONY desarrolló las cintas y grabadoras de audio digital (“*Digital Audio Tape*”, o DAT en sus siglas en inglés) ¹⁵⁷⁸. Estas cintas y grabadoras tenían una característica que las diferenciaba radicalmente de sus parientes analógicos, y que presentaban un problema nuevo para los titulares de derechos de autor: la no degradabilidad de las copias. Las cintas DAT eran capaces de hacer copias domésticas digitales de calidad idéntica a la de la copia original. La industria discográfica vió enseguida el potencial problema. Si se pueden hacer copias digitales de calidad sonora idéntica al original, por un precio inferior a este; ¿Para qué comprar el original? Además estaba la sentencia SONY, que como vimos había consagrado el “*fair use*”, y en que el Tribunal Supremo puso como ejemplo del mismo los casos de “*time-shifting*”. Por el mismo motivo, era lógico pensar que había una posibilidad de que cualquier Tribunal admitiera el mismo

¹⁵⁷⁷ Recordemos la teoría sobre las propiedades normativas del código de LESSIG.

¹⁵⁷⁸ Seguimos en esta parte a GINSBURG. GINSBURG, JANE, C., *Copyright and Control over New Technologies of Dissemination*, The Columbia Law Review, vol. 101, 2001. Pág. 9 y ss.

argumento en casos de “*space-shifting*”, en que los usuarios utilizaran su copia privada para escucharla en su vehículo, o en sitio distinto a donde dispusieran de su principal equipo de música.

La estrategia que la industria discográfica utilizó fue intentar dar a entender que este caso se diferenciaba del caso SONY en que en contraste con el impacto del video doméstico sobre el mercado para obras audiovisuales retransmitidas por televisión, los DAT sí que impactarían gravemente el mercado para ventas de obras de audio originales, con lo que el cuarto y más importante factor del “*fair use*” sería tomado potencialmente en consideración por un tribunal en contra de los fabricantes del DAT. En lugar de intentar prohibir la distribución de la tecnología, como hicieron con el VHS, los titulares de derechos de explotación negociaron con la industria tecnológica para proponer al Congreso de los EE.UU. crear una nueva pieza de legislación en el sentido que se permitiera la distribución de la tecnología DAT, con las condiciones siguientes: (1) que se cobrara un royalty o canon por el derecho a realizar una copia privada digital no comercial por parte de los usuarios; y (2) que el número de copias privadas no comerciales que el aparato pudiera realizar se limitara a una copia de primera generación por cada original. Esto se plasmó en el instrumento legislativo denominado “*Audio Home Recording Act*” (en adelante AHRA).

El método utilizado por los titulares de derechos para asegurarse de que los usuarios sólo pudieran hacer una sola copia digital de primera generación, y posteriormente tantas copias analógicas como desearan de las posteriores generaciones significó el nacimiento legal de las medidas tecnológicas de protección y de la prohibición de eludirlas. La AHRA obligaba a los fabricantes de tecnología DAT a la inclusión del llamado “*Serial Copy Management System*” (en adelante SCMS) en los grabadores equipados con sistema DAT. Este sistema reconocía automáticamente cuando se había realizado una primera copia digital y consecuentemente bloqueaba la realización de copias digitales posteriores sobre el mismo original, así como las copias sobre copias digitales.

Así pues, según este sistema incardinado en el derecho positivo, los titulares de derechos concedían a los usuarios una licencia “*de facto*” para realizar una copia privada digital utilizando el sistema DAT a cambio de una compensación equitativa que se cobraría añadiendo un canon en los soportes vírgenes. Lo recaudado en concepto de royalties se repartiría a los titulares de derechos a través de las sociedades de gestión norteamericanas (ASCAP, BMI, etc.). Al final, el que los usuarios sólo pudieran realizar una copia privada digital, aunque un número ilimitado de copias analógicas resultó ser el “*tiro de gracia*” para el sistema DAT, que irremediablemente fracasó en el mercado.

Por tanto, el que la Ley obligue a los titulares de derechos a permitir realizar un número limitado de copias privadas no es un sistema que garantice el avance tecnológico, aunque en honestidad intelectual hay que decir que los sistemas DAT en este punto eran aparatos económicamente bastante costosos. Esta Ley también codifica la teoría de que aunque se permita a los usuarios la realización de copias domésticas, estos no gozan del “*derecho a la mejor copia posible*”.

La incardinación en el derecho positivo de este acuerdo se halla en la Sección 1008 de la Ley sobre Copyright americana:

“No se comenzará ninguna acción judicial que alegue infracción del copyright, Basada en la fabricación importación o distribución de un aparato o de grabación de audio digital, un medio [soporte] de grabación de audio digital, un aparato de grabación analógico, o un medio de grabación analógico, o basado en el uso no comercial realizado por un consumidor de tal aparato o medio para realizar grabaciones musicales en formato digital o grabaciones musicales en formato analógico” ¹⁵⁷⁹ .

Resulta parte reseñable del artículo el que mientras que se permiten los aparatos y soportes de reproducción de audio digital, esto sólo ocurre con respecto a los aparatos soportes de reproducción analógicos en general (con lo cual el artículo cubriría los aparatos y soportes de reproducción de video analógicos, siguiendo las exigencias del fallo o Sentencia SONY). Además, la Ley sobre la Legitimidad en las Licencias sobre Música de 1998 (“*Fairness in Music Licensing Act*” o FMLA) reformó las Secciones 1003, y 1004 de la Ley sobre Copyright, para extender el límite copia privada a la grabaciones de música digital realizadas sobre soportes tangibles, e incluyó un canon del 2% en el precio de venta e importación para las grabadoras de CD digitales, y del 3% para los CD’s vírgenes (los mismos porcentajes del precio de venta de los aparatos y soportes que eran objeto de la tasa en la AHRA). La razón por la cual este canon no se extendió a los reproductores de MP3 la tenemos que encontrar en otra sentencia judicial: la del caso DIAMOND ^{1580 1581} .

¹⁵⁷⁹ “No action may be brought under this title alleging infringement of copyright based on the manufacture, importation, or distribution of a digital audio recording device, a digital audio recording medium, an analog recording device, or an analog recording medium, or based on the noncommercial use by a consumer of such a device or medium for making digital musical recordings or analog musical recordings”. Sección 1008 de la ley sobre Copyright de los EE.UU. (Traducción del autor).

¹⁵⁸⁰ Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc., 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999).

¹⁵⁸¹ Para quien busque una explicación del caso DIAMOND (así como del DAT, y de la historia legal, así como de las características técnicas de las medidas tecnológicas de protección en general) diferente a la realizada en este trabajo,

En 1998 la empresa DIAMOND MULTIMEDIA comercializó un reproductor de audio en formato MP3 llamado RIO PMP300. La industria discográfica, agrupada en la organización RIAA, demandó a DIAMOND MULTIMEDIA utilizando la AHRA para impedir la distribución y comercialización del reproductor RIO alegando que se trataba de un “*aparato de reproducción digital de audio*”¹⁵⁸² que no incorporaba medidas tecnológicas de protección (es decir, el sistema anticopia conocido como SCMS). El Tribunal consideró que era posible que el aparato de reproducción RIO cayera dentro del ámbito de aplicación de la AHRA, y que por tanto sus fabricantes tuvieran que pagar un canon por razón de su comercialización, pero que en ningún caso debía incorporar la medida tecnológica SCMS, puesto que el reproductor RIO no era capaz de realizar grabaciones o reproducciones en serie (el usuario grabaría en su reproductor las canciones en formato MP3 desde su ordenador personal, para escuchar estas en cualquier lugar, al estilo del ya existente formato analógico denominado “*walkman*”).

Así pues, el Tribunal consideró que dado que el reproductor de MP3 RIO reproducía los archivos en formato MP3 normalmente desde un ordenador personal, y este rutinariamente contendría un disco duro que almacenaría mucho más que “*solamente sonidos; y materiales, definiciones, o instrucciones incidentales a la fijación de tales sonidos*”¹⁵⁸³, no se trataba en puridad simplemente de una grabación de audio de acuerdo con la AHRA. El Tribunal señaló que “*por supuesto, casi todos los discos duros contienen numerosos programas (Ej: para el procesamiento de textos, la programación de citas, etc.) y bases de datos que no son incidentales a ningún archivo de sonido que podría estar almacenado en el disco duro*”¹⁵⁸⁴. Puesto que el disco duro del ordenador desde el cual el reproductor de MP3 RIO no se podría considerar una “*grabación de música digital*” en el sentido legal del término, sólo podría considerarse un “*aparato de grabación de audio digital*”¹⁵⁸⁵ si hubiera tenido la capacidad de reproducir música en formato digital que

pero magnífica, ver ALDRICH, NIKA, *An Exploration of Rights Management Technologies Used in the Music Industry*, Intellectual Property and Technology Forum at Boston College Law School, 2007.

¹⁵⁸² “*Digital Audio Recording device*”.

¹⁵⁸³ “...only sounds, and material, statements, or instructions incidental to those fixed sounds”. Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc., 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999). Pág 1076. Recogiendo la definición de la Sección 1001(5)(A) de la Ley sobre copyright de los EE.UU., tras la modificación practicada por la AHRA. (Traducción del autor).

¹⁵⁸⁴ “*Indeed, almost all hard drives contain numerous programs (e.g., for word processing, scheduling appointments, etc.) and databases that are not incidental to any sound files that may be stored on the hard drive*”. Ídem. (Traducción del autor).

¹⁵⁸⁵ Sección 1001 (1) de la Ley sobre Copyright de los EE.UU. tras la modificación practicada por la AHRA. “*Una copia de una grabación de audio digital es una reproducción en formato de grabación digital de una grabación digital*

se hubiera grabado desde una emisión o transmisión. Puesto que el reproductor RIO solamente podría hacer copias desde el disco duro de un ordenador, no podríamos entonces hablar en puridad de un aparato de grabación de audio digital.

Pero es que además según la Sentencia, *“Bajo una interpretación semántica estricta de la definición de “aparatos de grabación digital de audio” que realiza la Ley, los ordenadores (y sus discos duros) no son aparatos de grabación digital de audio porque su “función esencial” no es realizar copias de una grabación de audio digital. Ver Sección 1001 (3) De la Ley sobre Copyright. A diferencia de los aparatos de grabación de cintas de audio digitales, por ejemplo, cuya función esencial es realizar copias de una grabación de audio digital, la función esencial de un ordenador es ejecutar varios programas y grabar los datos necesarios para ejecutar esos programas y para realizar diversas funciones”*¹⁵⁸⁶; y *“A su vez, puesto que los ordenadores no son aparatos de grabación digital de audio, no se requiere que cumplan con el requerimiento de las SCMS [las medidas tecnológicas de seguridad], y por tanto no necesitan enviar, recibir ni actuar bajo la información relativa al copyright ni al estatus de su generación. Ver Sección 1002(a)(2) de la Ley sobre Copyright. Y, como falló el tribunal de primera instancia, los archivos MP3 generalmente ni siquiera incluyen los códigos que proveen la información relativa al copyright y al estatus de su generación”*¹⁵⁸⁷. Es decir, al no existir medidas tecnológicas de seguridad en un archivo MP3 que previeran la copia de este desde el disco duro de un ordenador, la inclusión de estas medidas tecnológicas en el reproductor de MP3 RIO no servirían para nada. Aún más, si se incluyeran las medidas tecnológicas SMCS en el reproductor RIO, el estatus de generación de la copia que este realizara desde el disco duro del ordenador sería calificada automáticamente por el sistema SCMS como “original”, y por tanto el sistema permitiría que se

musical, tanto si tal reproducción se hace directamente desde otra grabación musical digital, o se graba indirectamente desde una emisión o transmisión”. “A “digital audio copied recording” is a reproduction in a digital recording format of a digital musical recording, whether that reproduction is made directly from another digital musical recording or indirectly from a transmission”. (Traducción del autor).

¹⁵⁸⁶ “Under the plain meaning of the Act’s definition of digital audio recording devices, computers (and their hard drives) are not digital audio recording devices because their “primary purpose” is not to make digital audio copied recordings. See 17 U.S.C. § 1001(3). Unlike digital audio tape machines, for example, whose primary purpose is to make digital audio copied recordings, the primary purpose of a computer is to run various programs and to record the data necessary to run those programs and perform various tasks”. Recording Indus. Ass’n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc., 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999). Pág. 1078. (Traducción del autor).

¹⁵⁸⁷ “In turn, because computers are not digital audio recording devices, they are not required to comply with the SCMS requirement and thus need not send, receive, or act upon information regarding copyright and generation status. See 17 U.S.C. § 1002(a)(2). And, as the district court found, MP3 files generally do not even carry the codes providing information regarding copyright and generation status”. Ídem. (Traducción del autor).

realizara una copia digital de la copia descargada. Como no se pueden realizar copias de reproductor de MP3 RIO, “*el RIO sin SCMS permite de manera inherente menos copias [ninguna] que el SCMS*”¹⁵⁸⁸.

Para GINSBURG¹⁵⁸⁹, esta cuestión no era sencilla de apreciar, ya que aun siendo cierto que el reproductor RIO no grababa archivos MP3 directamente de la Red, ya que un ordenador se ocupaba de ello, y posteriormente el reproductor RIO grababa esos mismos archivos de dicho ordenador en su tarjeta de memoria con el objeto de que el usuario los pudiera reproducir en cualquier parte, es evidente que el reproductor realizaba sin duda una reproducción en la tarjeta de memoria del reproductor MP3, y consecuentemente el reproductor RIO podría haber sido considerado legalmente sin problema algunos un “*aparato de reproducción digital de audio*”. Para la gran profesora americana la razón que explica por qué el Tribunal falló de la manera que lo hizo no es otra que resultaba claro que la lo que la RIAA pretendía no era cobrar un canon por la comercialización del reproductor RIO (razón subyacente en el fondo en el caso SONY, ya que en el momento en que el tribunal supremo dictó sentencia, millones de hogares estadounidenses poseían el aparato), sino impedir completamente su comercialización. El tribunal, realizó pues todas estas consideraciones técnicas teniendo muy en mente la función principal del copyright en los EE.UU., que no es otro que el bien común (y el avance de la tecnología desde luego nos lleva al bien común). Desde luego, al contrario de lo que señalan los “tecnologistas” (especialmente los españoles), me cuesta pensar en una sentencia definitiva de un tribunal norteamericano que haya prohibido una tecnología “positiva”; es decir, no destinada a expoliar las inversiones realizadas conforme a las reglas de mercado por un tercero.

Por supuesto, todas estas consideraciones técnicas apoyan la idea principal que subyace en la Sentencia: que no es otra que el reproductor de MP3 es un producto que resulta perfectamente compatible con el fundamento esencial de la AHRA, que a su vez no es otro que permitir los usos cabales y honestos de las obras de creación por parte de los usuarios:

¹⁵⁸⁸ “*Thus, the Rio without SCMS inherently allows less copying than SCMS permits*”. Ídem. Pág. 1079. (Traducción del autor).

¹⁵⁸⁹ GINSBURG, JANE. C., *Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship International Obligations and the U.S. Experience*, Columbia Journal of Law & the Arts, vol. 29. 2005. Pág. 7.

*“De hecho, el funcionamiento de RIO resulta enteramente consistente con el propósito principal de la ley –la facilitación del uso personal-. Tal y como el informe del Senado explica, “el propósito de [la Ley] Es asegurar el derecho de los consumidores a realizar copias digitales o analógicas de música sujeta al copyright para su uso privado y no comercial” (Informe del Senado de los EE.UU. Págs. 102-294. En * 86) (Puntualización añadida). La Ley realiza este cometido a través de su limitación de copia doméstica (ver sección 1008 de la Ley sobre Copyright), La cual “Protege todas las copias no comerciales realizadas por los consumidores de grabaciones musicales digitales y analógicas” (Informe de la Casa de Representantes. Págs. 102-873. En *59. El RIO simplemente realiza copias para convertirlas en portátiles, o “Space-shift”, Y esos archivos ya existían en el disco duro del usuario (Cita de Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417, 455, 78 L. Ed. 2d 574, 104 S. Ct. 774 (1984)) (Fallando que la práctica de “time-shifting” de un programa de televisión sujeto al copyright muestra que los aparatos de grabación de video analógico caen en el “fair use” bajo la ley sobre copyright, y no constituyen infracción del mismo). Tal copia es un uso personal no comercial paradigmático, enteramente consistente con los propósitos de la Ley”¹⁵⁹⁰.*

Por tanto, toda reproducción para uso personal que se haga por parte de los usuarios de archivos musicales legítimamente adquiridos (lo que ocurra con los archivos audiovisuales dependerá de que estén o no protegidos por medidas tecnológicas; aunque últimamente muchas películas se comercializan incluyendo una copia digital fijada en un disco) en reproductores de MP3 (y aquí posiblemente podríamos incluir iPods y similares) forma parte de las facultades que a un usuario permite la defensa del “fair use”.

Además, podríamos decir que por exclusión, en EE.UU. se permite la distribución privada de una copia (y no podemos olvidar, que en EE.UU. no existe un artículo diferenciado para el derecho de

¹⁵⁹⁰ “In fact, the Rio's operation is entirely consistent with the Act's main purpose - the facilitation of personal use. As the Senate Report explains, “the purpose of [the Act] is to ensure the right of consumers to make analog or digital audio recordings of copyrighted music for their private, noncommercial use.” S. Rep. 102-294, at *86 (emphasis added). The Act does so through its home taping exemption, see 17 U.S.C. § 1008, which “protects all noncommercial copying by consumers of digital and analog musical recordings,” H.R. Rep. 102-873(I), at *59. The Rio merely makes copies in order to render portable, or “space-shift,” those files that already reside on a user's hard drive. Cf. Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417, 455, 78 L. Ed. 2d 574, 104 S. Ct. 774 (1984) (holding that “time-shifting” of copyrighted television shows with VCR's constitutes fair use under the Copyright Act, and thus is not an infringement). Such copying is paradigmatic noncommercial personal use entirely consistent with the purposes of the Act”. Ídem. Pág 1079. (Traducción del autor).

comunicación, y este se engloba el derecho de distribución)¹⁵⁹¹. Esto es porque La sección 106(3) de la Ley sobre Copyright norteamericana define y limita el derecho de distribución de forma que su titular tendrá derecho a: “*distribuir copias o fonogramas de la obra sujeta al copyright al público, por medio de su venta o cualquier otra transferencia de la propiedad, o mediante alquiler o préstamo*”¹⁵⁹². Según LITMAN “*esta limitación casi no ha atraído atención alguna [de los medios y de la doctrina] durante los 30 años desde que se promulgó la Ley [sobre Copyright, aún vigente] de 1976, presumiblemente porque muy pocas distribuciones no autorizadas de copias o fonogramas en el ámbito privado han atraído hacia sí litigación*”¹⁵⁹³. Como veremos más adelante, una lectura detenida de los artículos 19 y 20 de nuestra LPI permite llegar exactamente a la misma conclusión para nuestro país.

Sin embargo, en EE.UU. otros usos no autorizados de las obras de creación no están permitidos, especialmente cuando estos usos vampirizan las inversiones realizadas por los titulares del copyright sobre tales obras: Así podemos enumerar los casos NAPSTER¹⁵⁹⁴, GROKSTER¹⁵⁹⁵,

¹⁵⁹¹ En este sentido LITMAN, JESSICA, *Lawful Personal Use*, Texas Law Review, Vol. 85. Pág. 1871, 2007. , Págs. 1904–08.

¹⁵⁹² “To distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership or by rental lease or lending . . .” (Traducción del autor).

¹⁵⁹³ LITMAN, JESSICA, *Op. Cit.* Nota a pie de página nº 138.

¹⁵⁹⁴ Condena de un servicio P2P centralizado de intercambio de archivos, señalando que dado que los operadores de tal servicio tenían una base fáctica para conocer que tal infracción se estaba llevando a cabo por parte de los usuarios; y por tanto no se podrían acoger al “puerto o refugio seguro” de la DMCA: “*El informe judicial apoya el fallo del tribunal de primera instancia en el sentido de que NAPSTER Tiene conocimiento real de que determinado material ilícito se encuentra disponible utilizando su sistema; que podría bloquear el acceso al sistema de los proveedores de material ilícito, y que ha rechazado eliminar tal material*”. “*The record supports the district court's finding that Napster has actual knowledge that specific infringing material is available using its system, that it could block access to the system by suppliers of the infringing material, and that it failed to remove the material*”. A&M Records v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004. Pág. 1022 (9th Cir. 2001). (Traducción del autor). Sin embargo, bajo el mismo sistema jurisdiccional norteamericano ha fallado las actividades de webs como YOUTUBE, con un sistema eficiente de retirada de videos ilícitos, son lícitas: “*La norma sobre el conocimiento real se pone en funcionamiento si el proveedor de servicios real o subjetivamente sabía de la infracción específica; mientras que la norma sobre la señal inequívoca de alarma se pone en funcionamiento cuando el proveedor de servicios se encontraba subjetivamente enterado de hechos que habrían provocado que una infracción específica resultará objetivamente obvia a una persona razonable*”. “*The actual knowledge provision turns on whether the provider actually or 'subjectively' knew of specific infringement, while the red flag provision turns on whether the provider was subjectively aware of facts that would have made the specific infringement 'objectively' obvious to a reasonable person*”. Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19. Pág. 31 (2d Cir. 2012). Es decir, que al contrario que en España los tribunales norteamericanos tienen muy en consideración el que el infractor entre realizar un fraude de ley aparentando una “*ceguera voluntaria*” (“*willful blindness*”) ante los actos infractores de la propiedad intelectual realizados por los usuarios. (Traducción del autor).

¹⁵⁹⁵ *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005). Condenando a un servicio P2P descentralizado intercambio archivos, en base a que los actos de sus responsables Inducían a la infracción del copyright por parte de los usuarios.

TENEMBAUM ¹⁵⁹⁶ , FUNG ¹⁵⁹⁷ , y MEGAUPLOAD ¹⁵⁹⁸ . En ninguno de estos casos se ha tratado de abortar un uso personal legítimo por parte de los usuarios, sino la piratería a través de la Red. Incluso el único caso que plantea objeciones morales (El caso TENENBAUM), resulta perfectamente escrupuloso e impecable desde el punto de vista jurídico-técnico, y perfectamente compatible con las exigencias del Estado de Derecho. Es más, otros intentos legislativos destinados a luchar contra la piratería en la Red, han fracasado precisamente porque planteaban dudas respecto a la protección de algunos derechos fundamentales. Las no-natas leyes “*Protect IP Act*” (PIPA), y “*Stop Online Piracy Act*” (SOPA), se quedaron en meros intentos legislativos por que se entendía que limitaban la libertad de expresión en demasía. DRATH nos apunta las líneas maestras en el contenido de ambas piezas legislativas:

“Bajo los proyectos de ley, si un tribunal determinada que una web se dedicaba a infringir [el “copyright”], podría haber ordenado: (1) a los proveedores de servicio de internet bloquear el acceso público a la web; (2) a los proveedores de sistemas de pago suspender o terminar este servicio a la web; (3) a los servicios de publicidad de suspender o terminar servicio a la web; (4) y a los motores de búsqueda a eliminar los enlaces a la web. En ambos proyectos de ley, la primera (y más drástica) de estas restricciones sólo resultaba

¹⁵⁹⁶ Condenando a un usuario por descargarse repetidamente de manera no autorizada obras sujetas al copyright a través de una red P2P. Afortunadamente, esta línea de lucha contra la piratería ha sido abandonada por los titulares de derechos de propias intelectual en los EE.UU. Sony BMG Music Entm't v. Tenenbaum, 660 F.3d 487 (2011).

¹⁵⁹⁷ Condenado a una web de enlaces bajo la teoría de la inducción desarrollada en el caso GROKSTER. *Columbia Pictures Indus. v. Gary Fung*, No. 10-55946, Tribunal de Apelación de los EE.UU. para el 9º Circuito., 2013 U.S. App. LEXIS 5597. 21 de Marzo de 2013.

¹⁵⁹⁸ En una moción denegando el sobreseimiento de MEGAUPLOAD, El tribunal negó el carácter de mera web de almacenamiento pasiva de este. “*MEGAUPLOAD sirve de más que de un mero conducto pasivo, Y más que una simple empresa de “almacenamiento de archivos”: ha creado distintas páginas web, presumiblemente en un intento de dirigir el acceso de los usuarios a diferentes tipos de obras de creación (Ej: MEGAPORN, MEGAVIDEO, etc.); estimula y, en algunos casos paga , a sus usuarios para que carguen vastas cantidades de obras de creación populares a través de sus programas de recompensa; disemina enlaces a diversos archivos a través de internet; paga a páginas web afiliadas que mantienen un catálogo con los archivos disponibles; y por último, como mínimo, es la plausiblemente consciente de la desenfrenada infracción [del copyright] que tiene lugar en sus páginas web*”. *Perfect 10, Inc. v. Megaupload, Ltd.*, No. 11-cv-0191 (S.D. Cal. July 26, 2011), 2011 U.S. Dist. LEXIS 81931. “*Megaupload serves as more than a passive conduit, and more than a mere “file storage” company: it has created distinct websites, presumably in an effort to streamline users’ access to different types of media (e.g., megaporn.com, megavideo.com); it encourages and, in some cases pays, its users to upload vast amounts of popular media through its Rewards Programs; it disseminates URLs for various files throughout the internet; it provides payouts to affiliate websites who maintain a catalogue of all available files; and last, at a minimum, it is plausibly aware of the ongoing, rampant infringement taking place on its websites*”. *Perfect 10, Inc. v. Megaupload, Ltd.*, No. 11-cv-0191 (S.D. Cal. July 26, 2011), 2011 U.S. Dist. LEXIS 81931. (Traducción del autor).

aplicable a webs extranjeras que hicieran negocios [desde el punto de vista legal] en los EE.UU. Y la acción sólo podría ser comenzada por el Fiscal General” ¹⁵⁹⁹ .

Se entendió que esta primera medida implicaba indefensión para las webs extranjeras, y resultaba en la práctica en una forma de censura. Además:

“En su redacción final, la SOPA proveía con dos definiciones del término “web dedicada al robo de propiedad de los EE.UU.”: (1) la web está primariamente diseñada, operada, o comercializada para, o tiene “sólo un limitado propósito o uso otro que” la infracción de copyright y/o las marcas comerciales; o (2) el operador de la web “promocionar su uso” hacia [los actos de] infracción. La primera definición se puede caracterizar como una versión más sólida del estándar SONY, y la segunda como la codificación de GROKSTER” ¹⁶⁰⁰ .

Las últimas noticias en los EE.UU. parecen apuntar a que la Ley sobre Copyright Se va a reformar en un futuro próximo. El 20 de marzo del 2013, MARIA A. PALLANTE, La sustituta de MARY BETH PETERS en el cargo de Registradora de Copyright de la Oficina de Copyright de los EE.UU. ¹⁶⁰¹ , Testificó ante el “Comité de del Congreso sobre tribunales, Propiedad intelectual, y el Comité sobre Internet de la Judicatura” ^{1602 1603} . De su intervención se dedujo que la preparación de una nueva Ley sobre Copyright en EE.UU. que sustituya a la actualmente vigente del año 1976 ha comenzado ya, y que esta ley no constituirá una reforma del actual sino que nos hablaremos

¹⁵⁹⁹ “Under the bills, if a court determined that a site was dedicated to infringement, it could have ordered: (1) internet service providers to block public access to the site; (2) payment system providers to suspend or terminate service to the site; (3) advertising services to suspend or terminate service to the site; and (4) search engines to disable links to the site. In both bills, the first (and most drastic) of these restrictions was only applicable to foreign sites that did business in the U.S., and could only be sought in an action by the Attorney General”. DRATH, ROSS, *Hotfile, Megaupload, and the Future of Copyright on the Internet: What Can Cyberlockers Tell us about DMCA Reform?* The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Law, Vol. 12. Pág. 231. (Traducción del autor).

¹⁶⁰⁰ “In its final form, SOPA provided two definitions of the term “site dedicated to theft of U.S. Property:” (1) the site is primarily designed, operated, or marketed for, or has “only limited purpose or use other than” copyright and/or trademark infringement; or (2) the operator of the site “promotes its use” for infringement. The first definition can be characterized as a stronger version of the Sony standard, and the second as a codification of Grokster”. Id. (Traducción del autor).

¹⁶⁰¹ “Register of Copyrights at the United States Copyright Office”; máxima responsable de este tema en los EE.UU.

¹⁶⁰² “House Subcommittee on Courts, Intellectual Property and the Internet Committee on the Judiciary”.

¹⁶⁰³ QUINN, GENE, *Comprehensive Copyright Reform on the Horizon in the US*. IP Watch Dog. 10 de abril de 2013. (Consultado por última vez el 18 de abril de 2013).

ante la preparación de un texto legislativo completamente nuevo ¹⁶⁰⁴. Además la Sra. PALLANTE señaló que esta reforma resultaba completamente necesaria ya que los usuarios *“progresivamente están accediendo a contenido en aparatos móviles y cada vez una minoría más exigua de estos usuarios necesitarán o desearan las copias físicas que fueron el centro de las leyes sobre copyright durante los siglos XIX y XX”* ¹⁶⁰⁵. Por otra parte, la Sra. PALLANTE incidió en una idea que no resultará inédita para lector de este trabajo: *“si una persona necesita un ejército de abogados para entender los preceptos básicos de la Ley, entonces ha llegado la hora de una nueva Ley”* ¹⁶⁰⁶. Las novedades de la reforma se centrarán en los siguientes ámbitos:

“La lista de problemas es larga: clarificar la extensión de los derechos exclusivos; revisar las excepciones y limitaciones para bibliotecas y archivos; abordar el tema de las obras huérfanas; acomodar a las personas que sufran discapacidades para leer; asesorar a las instituciones educativas; eximir las copias incidentales ¹⁶⁰⁷ en los casos apropiados; modernizar las normas sobre imposición forzosa; asesorar sobre [la cuantía, Y directrices para calcular] los daños y perjuicios previstos en la Ley; revisar la eficacia de la DMCA; asistir con las pequeñas demandas sobre copyright; reformar el mercado musical; modernizar las directrices para transmisión por cable y satélite; impulsar nuevos regímenes de licencia; y mejorar los sistemas de registro inicial y registro de cesiones” ¹⁶⁰⁸.

Para cualquier conocedor del mercado americano, esto es, del mercado mundial, resulta evidente que la realización de copias personales es legal en EE.UU. PAVEL nos recuerda que muchas de las innovaciones que nos ha traído la tecnología en los últimos años, y que están transformando el

¹⁶⁰⁴ ídem.

¹⁶⁰⁵ “...increasingly are accessing content on mobile devices and fewer and fewer of them will need or desire the physical copies that were so central to the 19th and 20th century copyright laws”. Ídem. (Traducción del autor).

¹⁶⁰⁶ “If one needs an army of lawyers to understand the basic precepts of the law, then it is time for a new law”. Ídem. (Traducción del autor).

¹⁶⁰⁷ Ley sobre Copyright de los EE.UU. Sección 1001 (5) (C) (ii). “El término “incidental” significa relacionado con, y relativamente menor comparativamente” “(ii) the term “incidental” means related to and relatively minor by comparison”. (Traducción del autor).

¹⁶⁰⁸ “The list of issues is long: clarifying the scope of exclusive rights, revising exceptions and limitations for libraries and archives, addressing orphan works, accommodating persons who have print disabilities, providing guidance to educational institutions, exempting incidental copies in appropriate instances, updating enforcement provisions, providing guidance on statutory damages, reviewing the efficacy of the DMCA, assisting with small copyright claims, reforming the music marketplace, updating the framework for cable and satellite transmissions, encouraging new licensing regimes, and improving the systems of copyright registration and recordation”. Ídem. (Traducción del autor).

mercado están basadas en la presunción de que la realización de copias personales no infringen el derecho del copyright ¹⁶⁰⁹. La comparativamente muy protectora Ley para con los titulares de derechos de propiedad intelectual no ha frenado en ningún modo el desarrollo tecnológico de los EE.UU.; argumento que los “tecnologistas” españoles suelen esgrimir contra el desarrollo de una Ley que proteja realmente a los titulares de derechos de autor de nuestro país. De igual forma, el restringido ámbito del límite de copia privada, tampoco ha parecido producir problemas irresolubles a los usuarios. Muy al contrario, en EE.UU. los usuarios legítimos gozan de las mismas facultades que en España, y son los usuarios ilegítimos y sobre todo las empresas parasitarias de la industria de contenidos los que se han encontrado con problemas legales. Esta industria ha cometido errores de bulto, como por ejemplo la persecución judicial directa de los usuarios por un breve periodo de tiempo durante la primera década del siglo XXI. En general aunque necesite ciertos ajustes (que por otra parte se van a realizar en un futuro próximo), la legislación norteamericana sobre copyright sirve como apoyo de una industria de contenidos que comparativamente con España goza de una salud excelente, y donde existen infinidad de alternativas legales para que los usuarios usen y disfruten obras de creación. Alternativas completas en cuanto a su profundidad de catálogo, amén de baratas.

Finalmente, y como hemos reseñado, cabe decir que existe un sistema de compensación equitativa por copia privada recogido en las secciones 1004 a 1007 de la Ley sobre Copyright, de acuerdo las enmiendas de la AHRA, y de la FMLA, y que cubre los aparatos y medios objeto de esta, que hemos mencionado más arriba, pero no las reproducciones realizadas por los usuarios bajo el manto protector del “*fair use*”. Esta peculiaridad resulta claramente positiva, puesto que estas reproducciones normalmente no actúan en el mercado como sustitutivas del original, y además resultan incidentales al uso normal de la obra (además de temporales, como en el caso SONY); o porque los aparatos (ordenadores, reproductores de MP3, iPods) tienen otras funciones que la grabación o transmisión de música (caso DIAMOND) ¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰⁹ PAVEL, ASHLEY M., *Reforming the Reproduction Right: The Case for Personal Use Copies*, 24 Berkeley Technology Law Journal, Vol. 24. 2009. Pág 1616.

¹⁶¹⁰ SPRINGMAN aboga por la inversión de la carga de la prueba (al dilucidarse mediante un procedimiento civil los presuntos infractores de una obra protegida por el copyright han de responder a una demanda planteada por parte de sus titulares) en ciertos casos. Podría parecer que SPRINGMAN al igual que otros autores norteamericanos, mira a Europa con el objeto de garantizar legalmente un límite que garantice al menos a los usuarios en el ámbito digital la facultad de reproducir una obra de manera no autorizada y para uso personal en determinados supuestos: “*Primero, esta categoría “per se” de infracción “consumista” debería aplicarse sólo si se ha realizado una copia exacta o casi*

6. El límite de copia privada en el Derecho Español.

6.1 La copia privada en la Ley con anterioridad a la Ley 23/2006.

El límite de copia privada en España no se reconoció en la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, que prohibía en sus artículos 7 y 8 toda reproducción de una obra realizada sin la autorización de su autor, sin importar el tipo de uso posterior que se dé por parte del “copista” a tal reproducción. Para DELGADO PORRAS ¹⁶¹¹ esta prohibición absoluta se desvirtuaba en la práctica debido a dos factores: los usos sociales, que “*admitían como lícitas las copias manuscritas y mecanografiadas efectuadas en privado, y de circulación restringida a ese ámbito*” ¹⁶¹²; y el criterio jurisprudencial de mínima gravedad de la acción, que consideraba la copia privada como un “*ius usus inocui*”. Es por ello que la doctrina se encontraba dividida entre los que abogaban por la prohibición absoluta e incondicionada de las copias para uso privado no autorizadas, tal y como disponía la Ley, y entre los que consideraban que resultaba lícita la reproducción de una obra para uso privado en un ámbito restringido, pero que no obstante expresaban sus reservas sobre el límite en los casos en que la copia se realizara por medios mecánicos, tales como la reprografía y el magnetófono ¹⁶¹³.

El Anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1984 que desembocó en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1985 introdujo el límite de copia privada por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico. Este Anteproyecto establecía que “*las obras ya divulgadas podrían reproducirse sin autorización del autor cuando se tratase de una reproducción aislada, realizada por el propio copista y para su uso personal, con la excepción de aquella que se efectuara “por medio de la xerografía u otro procedimiento análogo, o sobre un registro técnico visual o*

exacta, y esta se ha distribuido. En consecuencia, el estándar de responsabilidad no debería aplicarse en casos en los que se realiza una copia para uso personal, lo cual incluye las reproducciones con el propósito de realizar “time-shifting”, (por ejemplo, el uso personal de un aparato de grabación de video analógico o digital), o “device-shifting” (cuando se copian canciones desde la colección de CD de una persona con el objeto escucharlas en el iPod de esa misma persona), o para realizar una copia de seguridad”. “First, this per se category of “consumptive” infringement should apply only if an exact or near-exact copy has been made and distributed. Accordingly, the per se liability standard should not apply in cases of copying for personal use, including copying for the purpose of time-shifting (i.e., personal use of a VCR or digital video recorder), or device-shifting (as in copying songs from a person’s CD collection for listening on that same person’s iPod), or to make a back-up copy”. SPRIGMAN, CHRISTOPHER JON. *Copyright and the Rule of Reason*, Journal on Telecommunications & High Tech. Law, Vol. 7, 2009. Pág. 335. (Traducción del autor).

¹⁶¹¹ DELGADO PORRAS, ANTONIO, «La copia privada en España», RIDA, núm. 145, julio 1990. Pág. 38.

¹⁶¹² Ídem.

¹⁶¹³ Ídem.

sonoro””¹⁶¹⁴. Paralelamente, el Anteproyecto introducía un canon compensatorio por la realización de tales copias. Es importante subrayar que en este momento aún se entendía que el uso que se diera a la copia realizada bajo el amparo de este límite habría de ser sólo y exclusivamente aquel estrictamente personal realizado por el “copista”.

En el Proyecto de Ley de 1985 el artículo 32.2 se convierte en el artículo 31.2, numeración que subsiste hasta la actualidad. Este artículo 31.2 disponía que “*las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin la autorización del autor “para uso personal del copista siempre que las copias no sean objeto de utilización colectiva”*”¹⁶¹⁵. Por tanto se elimina la alusión a la realización de copias mediante medios mecánicos, que como señala DELGADO PORRAS, era más formal que realista, puesto que la distinción sobre la realización de copias por medios mecánicos de la realizada por otros medios respondía a un seguimiento de la doctrina tradicional española sobre el tema, y a la vez a una obligación de cumplir con el artículo 9.2 del CB¹⁶¹⁶. A la hora de la verdad, la prohibición de la reproducción no autorizada por medios mecánicos sucumbía ante los derechos fundamentales del derecho a la vida privada y la inviolabilidad del domicilio, recogidos en el artículo 28 de la CE. Por tanto se optó por eliminar tal distinción en el proyecto de Ley¹⁶¹⁷.

Es en el Proyecto de Ley de 1986 donde se sustituye la expresión “*uso personal*” por la de “*uso privado*”¹⁶¹⁸, y además se añade la condición de que las copias realizadas al amparo del límite no sean objeto de una utilización “*lucrativa*”¹⁶¹⁹. Someteremos ambos elementos del límite a análisis un poco más adelante en este mismo capítulo.

El límite de copia privada se introdujo finalmente de manera oficial y plena en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 31.2 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, que se podía leer de la siguiente manera:

¹⁶¹⁴ Ídem. Pág. 39.

¹⁶¹⁵ Ídem. Pág. 41.

¹⁶¹⁶ Artículo 9.2 del Convenio de Berna: “*Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*”.

¹⁶¹⁷ Ídem. Pág. 39.

¹⁶¹⁸ Explica DELGADO TORRES que la sustitución de la expresión “uso personal” por la de “uso privado” obedeció a sendas enmiendas del Grupo parlamentario Popular y del Grupo Parlamentario Socialista. “*La primera alegaba como justificación «una mejora técnica»; la segunda argumentaba que «es más adecuada la expresión para uso privado, sin restringirlo al uso de una persona como sujeto físico, garantizando la inexistencia de finalidad lucrativa»*”. Ídem. Pág. 42.

¹⁶¹⁹ Ídem. Pág. 42.

“Artículo 31. Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos:

2º. Para uso privado del copista, siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”

El siguiente paso lo constituyó el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Esta es la Ley de Propiedad Intelectual vigente en España en la actualidad, ya que la Ley 23/2006 simplemente realiza una reforma (aunque sustancial) en algunos puntos de Ley con el objeto de adaptarla a la DDASI; es decir, no constituye una nueva Ley de Propiedad Intelectual ¹⁶²⁰. El artículo 31.2 de la LPI antes de la modificación operada por la Ley 23/2006 tenía la siguiente redacción:

“Artículo 31: Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos:

2. ° Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.”

Las menciones a los artículos 25 y 99 a) de la propia LPI se referían respectivamente al canon compensatorio por copia privada, y la exclusión del límite de copia privada de los programas de ordenador. Además, y ya fuera del propio texto de la Ley, se excluía además del ámbito de aplicación del límite a las bases de datos, lo cual se hizo por medio del artículo 4.2 de la Ley 5/1998 de 6 de marzo de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos,

¹⁶²⁰ El Gobierno del Partido Popular, en boca del Ministro de Cultura, Educación y Deportes, José Ignacio Wert, anunció que se aprobaría una nueva Ley de propiedad Intelectual en el plazo de 2 años, aunque algunas informaciones, señalaban que el secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, Víctor Calvo-Sotelo, había declarado que la nueva Ley de Propiedad Intelectual habría estado lista antes de que concluyera el año 2012, lo cual se ha demostrado falso. V. *La nueva ley de Propiedad Intelectual se presentará antes de fin de año*. El Economista, 20 de junio de 2012. Disponible en <http://www.eleconomista.es/telecomunicaciones-tecnologia/noticias/4057683/06/12/la-nueva-ley-de-propiedad-intelectual-se-presentara-antes-de-fin-de-ano.html> (consultado por última vez el 20 de junio de 2012). Al tiempo de redactar estas páginas, parecía que la modificación prevista en el Anteproyecto de Modificación de 2013 se llevaría a cabo antes de que acabase este año, y en febrero de 2014 se aprobó por Consejo de Ministros el Proyecto de Ley de Reforma de la LPI, aunque se prevé también una nueva Ley de Propiedad Intelectual antes de que acabe la legislatura (es decir, antes de 2015).

y así se realizó aún otra modificación del artículo 31.2 de la Ley, que quedó finalmente redactado de la siguiente manera:

“Artículo 31.2: Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio en lo pertinente de lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley [que se ocupa de la regulación de las bases de datos], en los siguientes casos:

2º. Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”.

6.2 Gestación de la Ley 23/2006.

La transposición de la DDASI al Ordenamiento Jurídico español se realizó mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. La incorporación resultó lenta y trabajosa, y dio lugar a un amplio debate social ¹⁶²¹. El primer Borrador de Anteproyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual data de noviembre del año 2002 (en adelante BALPI 2002), por lo que el que la Ley de reforma no se aprobara hasta el año 2006 nos da una idea de cuan farragoso resultó el proceso. El borrador constaba de unos 70 artículos en los que además de transponerse la DDASI, se reformaban diversos aspectos de la LPI. La oposición más encarnizada al BALPI 2002 provino de las Entidades de gestión de derechos, especialmente de la SGAE. El artículo 31.2 en el BALPI 2002 se podía leer como sigue:

¹⁶²¹ Como muestra podemos ver la *Interpelación urgente del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) sobre los criterios de política general del Gobierno para reducir la conflictividad en materia de propiedad intelectual* que dio luz a la siguiente Moción del Congreso de Los Diputados (11-06-2002; BOCG 18-06-2002):

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a: 1. Impulsar, a la luz de la experiencia positiva de otros Estados de la Unión Europea, el establecimiento efectivo de un organismo mediador y arbitral de la propiedad intelectual que, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, y previa consulta con los representantes de los titulares de los derechos y de los usuarios, se constituya en mecanismo permanente de comunicación entre los sectores afectados y de resolución de toda clase de controversias en materia de propiedad intelectual y, en lo referente a los derechos de remuneración, con capacidad de dictar resoluciones que podrían tener, o no, carácter vinculante, según los casos, y sin perjuicio, en todo caso, de su revisión jurisdiccional. 2. Facilitar, mediante sistemas de registro u otros medios que puedan establecerse previa consulta con las Entidades de gestión, la mejor identificación de los titulares de derechos representados por cada una de ellas, con el fin de simplificar a los deudores el cumplimiento de sus obligaciones en materias de derechos de autor y de impedir la eventualidad de una doble reclamación por un mismo concepto o una misma deuda. 3. Elaborar, en el plazo más breve en que resulte técnicamente posible, el Proyecto de Ley de implementación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información”. Referenciado en CASAS VALLÉS, RAMÓN, La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España, [Artículo en Línea], UOC, [Fecha de Consulta 29/11/2011], <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>. Pág 3.

“2º. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte y por cualquier procedimiento técnico, de obras ya divulgadas, cuando se lleve a cabo para uso privado del copista y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la remuneración equitativa prevista en el artículo 25 de esta Ley. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99 párrafo a) de esta Ley, los programas de ordenador.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior de este apartado no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado las efectuadas en establecimientos dedicados a las reproducciones para el público o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización.”

Las novedades respecto a la anterior redacción del artículo, como podemos ver, son las siguientes: (a) se añade el elemento “*en cualquier soporte*” (esto es, analógico o digital, elemento que se mantiene hasta la redacción vigente del artículo); (b) se añade a la redacción la frase “*por cualquier procedimiento técnico*”, lo que nos retrotrae a los Anteproyectos de la LPI de 1987 (es de suponer que este elemento se incluyó por el legislador con el objetivo expreso de incluir los medios de reproducción digital ¹⁶²², pero este elemento no sobreviviría hasta la redacción definitiva); (c) la inclusión explícita, ahora sí, en la misma letra del artículo, de que los programas de ordenador y las bases de datos se excluyen expresamente del límite de copia privada; y (d) la exclusión explícita del límite de las copias realizadas en establecimientos públicos, ya fueran copisterías, cibercafés o similares (este elemento tampoco sobreviviría, con buen criterio, ya que tan sólo unos pocos años después resulta a todas luces anacrónico).

Esta redacción del artículo quedó sustancialmente modificada, en términos que han sobrevivido en el artículo en su versión vigente en el siguiente Borrador de Anteproyecto, de enero de 2003 (en adelante BALPI 2003). El artículo 31.2 en el BALPI 2003, quedó redactado de la siguiente manera:

¹⁶²² Mo opinión es que además de en la tradición jurídica española, el legislador se inspiró en la tradición jurídica americana, en donde si se explicita, especialmente en la esfera contractual, sobre el medio técnico utilizado para la reproducción: “...*in any medium or form, or by any means, now known or later developed*”. “*en cualquier medio o forma, o por cualquier método [técnico], ya conocido, o que se desarrolle en un futuro*”. Fórmula contractual. (Traducción del autor).

“Artículo 31.2: No necesita autorización del autor la reproducción en cualquier soporte y por cualquier procedimiento técnico, de obras ya divulgadas, cuando se lleve a cabo por una persona física para uso privado, sin fines directa o indirectamente comerciales y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva, sin perjuicio de la remuneración equitativa prevista en el artículo 25 de esta Ley. Quedan excluidas de lo dispuesto en este artículo las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99 párrafo a) de esta ley, los programas de ordenador.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior de este apartado, no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado las efectuadas mediante equipos, aparatos y materiales puestos a disposición del público, ni las obtenidas en establecimientos dedicados a reproducciones para el público, o que sean objeto de distribución mediante precio”.

Las novedades fundamentales de la redacción del artículo 31.2 que se incluye en el BALPI 2003 con respecto a sus versiones anteriores son las siguientes:

(a) Obviamente, la novedad fundamental es la sustitución de la expresión “*para uso privado del copista*”, por la fórmula “*por una persona física para uso privado*”, que es la que ha sobrevivido en la redacción vigente del artículo. Esta redacción deja con mayor claridad fuera del límite ¹⁶²³ a las personas jurídicas, aunque conserva la denominación “*uso privado*” en lugar de la de “*uso personal*”. (b) y (c) Se sustituye la expresión “*y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa*” por “*sin fines directa o indirectamente comerciales y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva*”. Esta expresión incluye dos elementos del límite: la exclusión del límite si se realiza una “*utilización colectiva*” de la copia de la obra (que no varía), y el de la necesidad de que tal copia se use con “*fines no comerciales*” para que no se la excluya de su aplicación. Analizaremos esta punto asimismo más adelante, pero por ahora podemos avanzar que este cambio, que no sobrevive en la redacción vigente, se incluyó con el ánimo de excluir del límite los ingresos por publicidad que pudieran obtener los propietarios de redes P2P o webs satélite de enlace, que no realizan directamente copias privadas para el usuario, pero que se lucran de la realización de copias ilegítimas por este mediante sus ingresos por publicidad. Era una

¹⁶²³ Y por tanto de la compensación, como se vería más tarde en la Sentencia PADAWAN.

buena idea, y más considerando la redacción a través del prisma que otorga el tiempo transcurrido, puesto que existen sentencias de Audiencias Provinciales posteriores que no consideran los ingresos por publicidad de estas webs como lucro ilícito conseguido por la reproducción no autorizada de la obra por los usuarios de tales redes ¹⁶²⁴. (d) Por último, se realiza un cambio no sustancial en la redacción del segundo párrafo en lo referente a la exclusión del límite de copias realizadas en establecimientos públicos, sobre la que no tengo que añadir nada a lo ya comentado, y la adición en este segundo párrafo de la proposición “*o que sean objeto de distribución mediante precio*”, que presumiblemente se incluyó para excluir del límite las reproducciones caseras que se comercializaran en puestos callejeros (es decir, el llamado “top-manta”). Esta era a todas luces una adición superflua al artículo 31.2 en términos de técnica jurídica, ya que la distribución mediante precio de una copia se subsume a todas luces tanto en los usos lucrativos como en los (directamente) comerciales.

La siguiente modificación del artículo 31.2 se llevó a cabo por el nuevo gobierno del partido Socialista Obrero Español (PSOE) surgido de las elecciones celebradas en el año 2004. En este caso se realizaron dos Anteproyectos de Ley en un breve espacio de tiempo por parte de dos Ministerios distintos: El Ministerio de Educación Cultura y Deportes (MECD), y el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (MITC). El MECD presentó su Anteproyecto de ley en noviembre de 2004. El artículo 31.2 quedaba redactado de la siguiente manera:

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte de y por cualquier procedimiento técnico, de obras ya divulgadas, cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la remuneración equitativa prevista en el artículo 25 de esta Ley. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas, y en aplicación del artículo 99 párrafo a) de esta Ley, los programas de ordenador”

Las novedades introducidas en el Anteproyecto del MECD del 2004 son fundamentalmente dos: (a) se regresa (desafortunadamente, tal y como he señalado más arriba) a la fórmula “*la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa*”; y (b) se elimina, en este caso de

¹⁶²⁴ Ver pág. 254 y siguientes de este mismo trabajo.

manera afortunada, todo el segundo párrafo, relativo a la realización de copias por terceros y a la distribución mediante precio, párrafo que ya no regresaría nunca más a la redacción del artículo.

La modificación del Anteproyecto realizado por el MITC se realizó solamente un mes después, concretamente en el Anteproyecto de Ley de diciembre de 2004. El artículo 31.2, tras esta nueva modificación decía lo siguiente:

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas, cuando se lleve a cabo por una persona física para uso privado y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de remuneración equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99. a) los programas de ordenador”.

La gran (y única) novedad de este Anteproyecto es la inclusión por primera vez en el texto legal de la relación entre el límite y las medidas tecnológicas de protección. No obstante, tal inclusión se realiza mediante remisión al artículo 161 de la Ley, que regula la relación entre los límites al Derecho de Autor y las medidas tecnológicas de protección, con las que el límite de copia privada está profundamente relacionado en un doble sentido: (a) el titular de derechos no puede prohibir mediante la inclusión de medidas tecnológicas en la copia de una obra a los usuarios con acceso legítimo la realización de al menos una copia privada, pudiendo estos exigir el levantamiento de tales medidas tecnológicas; y (b) los usuarios no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas de protección, si la función que estas desempeñan es restringir el número de copias privadas que el usuario pueda realizar de una obra a la que tenga acceso legítimo. El legislador también prevé que en el caso de las copias de obras a las que se acceda de forma interactiva, y en que este acceso se gobierne por disposiciones contractuales, el titular de derecho puede impedir la realización de copias privadas de tales obras mediante medidas tecnológicas, sin que los usuarios se encuentren legalmente habilitados para exigir su levantamiento. También desarrollaremos este tema más adelante, pues este artículo es la base de lo que algunos han denominado como “*derecho de acceso*”.

Finalmente, en el Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, presentado ante el Congreso el 26 de agosto de 2005 ¹⁶²⁵, la redacción inicial del artículo 31.2 se leía así:

“2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.”

Como podemos ver, el único cambio con respecto al Anteproyecto del MITC, es que se sustituyó la expresión *“remuneración equitativa”*, por la fórmula *“compensación equitativa”*. Parece evidente que esta modificación se operó con el objeto de resaltar que el canon del artículo 25 no tenía como *“ratio legis”* un derecho de remuneración de los titulares de derechos sobre la obra, sino que se derivaba de una compensación por los ingresos dejados de percibir como consecuencia del límite legal al derecho de reproducción sobre una obra ¹⁶²⁶.

Además, según nos recuerda GONZÁLEZ DE ALAIZA, al artículo 32.1 del Proyecto de Ley aún se le añadió un requisito o elemento adicional durante su trámite parlamentario: el de que una copia privada sólo podría realizarse sobre una copia a la que el usuario hubiera accedido legalmente. La concreción de lo que sea exactamente *“acceso legal”*, como veremos en su momento, es el elemento clave para definir con precisión el ámbito de actuación del límite, y evitar que se utilice este para legitimar actos para los que en ningún caso fue concebido (por ejemplo: las descargas ilegítimas desde redes P2P). Algunas sentencias realizarían más adelante la novedosa distinción entre *“legalidad de acceso”* y *“legalidad de la fuente”* ¹⁶²⁷, que acabó por rendir este elemento inútil. Durante la tramitación del Proyecto de Ley, según GONZÁLEZ DE ALAIZA, se operaron los siguientes cambios sobre este: *“En un primer momento se dijo que la reproducción debería*

¹⁶²⁵ http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_044-01.PDF (visitado por última vez el 20 de junio de 2012).

¹⁶²⁶ La diferencia entre remuneración y compensación se estudia más abajo. Pág. 793 y ss.

¹⁶²⁷ Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010.

*llevarse a cabo «a partir de una copia legal»; poco más tarde se exigió que fuese «a partir de un ejemplar adquirido legalmente»; y se terminó estableciendo que debería realizarse «a partir de obras a las que haya accedido legalmente la persona física que realiza la copia para uso privado»”*¹⁶²⁸.

Por tanto la redacción final del artículo 31.2, que regula el límite de copia privada al derecho de reproducción de los autores sobre sus obras, según la Ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y que a día de la redacción de este trabajo es y constituye derecho vigente en España, se lee en la actualidad como sigue:

“2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador”.

Por último, el Gobierno de España ha aprobado recientemente el Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, De 12 De Abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil. El Anteproyecto se aprobó por Consejo de Ministros el 22 de marzo de 2013. A esta reforma se conoce popularmente como la “*Ley Lasalle*”, y a efectos de este trabajo lo conocemos como “*AMLPI 2013*”. Es de reseñar que esta si reforma se ha operado cuando me hallaba en la fase final de este trabajo (pensaba yo), la aprobación del Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en el Boletín General de las Cortes Generales el 21 de febrero de 2014 (y que conocemos en este trabajo como “*PMLPI 2014*”) se ha producido casi en vísperas de su entrega y depósito. Son los gajes de tratar

¹⁶²⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 153.

un tema tan candente como este, aunque los que amamos la propiedad intelectual ya estamos acostumbrados. Es la magia de esta rama del Derecho.

Resulta incierto adivinar cuándo se tramitará la reforma y se convertirá en Ley actualmente modificadora de la LPI, aunque algunas informaciones parecen indicar que el procedimiento se puede dilatar hasta bastante después del momento de depósito y defensa de esta tesis, otras apuntan a que la LPI se modificará antes de que acabe este año 2014. Dado que el Gobierno del Partido Popular goza de mayoría absoluta en ambas Cámaras Legislativas, podría haber operado la modificación legal con bastante celeridad, con lo que el que no la haya hecho parece indicar que se desea llegar a una solución de consenso. El AMLPI 2013 fue, como sabemos, extensamente criticado por parte del Informe del Pleno de Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley De Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, y de la Ley 1/2000, de 7 De Enero, de Enjuiciamiento Civil de 25 de julio de 2013 (en adelante Inf. CGPJ), y por un Dictamen del Consejo de Estado a cuyo texto completo no he tenido acceso hasta hace bien poco ¹⁶²⁹ (aunque sí a algunas de sus líneas maestras publicadas en los medios de comunicación).

Se espera asimismo una modificación profunda de la LPI en el plazo de uno o dos años desde momento en que reescribo estas líneas (marzo de 2014). A efectos de este trabajo, trabajaremos con el texto del Anteproyecto de Ley que opera modificaciones en lo relativo al tratamiento legal de las webs de enlaces; el funcionamiento de la Sección 2ª de la Comisión de Propiedad Intelectual; el funcionamiento de las Entidades de gestión; y el límite de copia privada, cuyo ámbito de actuación restringe sustancialmente. Asimismo, incluiremos las novedades incluidas en el Proyecto de Ley, y trataremos de explicarlas a través de los Informes del CGPJ y del Consejo de Estado.

La restricción del ámbito de actuación del límite de copia privada en el AMLPI 2103 supone un cambio de sentido de 180º respecto de la Legislación aún vigente (y sus interpretaciones oficiales, como la de la Circular 1/2006). En este sentido, CORREDOIRA ha acuñado para la proyectada

¹⁶²⁹ En la propia sede del Consejo de Estado se me informó de que los Textos íntegros de estos informes o Dictámenes sólo se publican en el momento en que el Consejo de Ministros apruebe el texto del Anteproyecto para su tramitación parlamentaria. Por tanto no tuve acceso al texto del Dictamen hasta finales de febrero del 2014.

revisión del límite la certerísima expresión “contrarreforma”¹⁶³⁰. La Exposición de Motivos del AMLPI 2013, explica que por medio de este se operará una “*profunda revisión del sistema de copia privada*”¹⁶³¹. Aunque podríamos pensar que esta revisión profundamente restrictiva obedece a un intento de clarificar de una vez por todas entre otros asuntos el que las descargas a través de redes P2P no son copias privadas, y de simplificar el tremendamente confuso ámbito de actuación del límite, las razones que fundamentan la reforma del límite de copia privada operada por medio del AMLPI 2013 parecen ser mucho más profanas, puesto que responden simplemente a necesidades presupuestarias. Como hemos visto más arriba, a raíz de la sentencia PADAWAN del TJUE, el Gobierno decidió suprimir el llamado canon digital, y asumir la compensación equitativa por razón de copia privada a través de los Presupuestos Generales del Estado. Como asimismo hemos visto, el Gobierno presupuestó para el año 2012 una compensación equitativa que ascendía a cinco millones de euros, y que encontraba muy alejada de los 140 millones de euros que se recaudaban anualmente en concepto de canon digital con el antiguo sistema basado en una tasa indiscriminada. Pues bien, dado que según la DDASI el límite de copia privada ha de estar acompañado necesariamente de una compensación equitativa adecuada para los titulares de derechos de reproducción¹⁶³². Esta reducción radical del montante de la compensación equitativa no se justificaba con un límite de copia privada con un ámbito de actuación tan amplio como el vigente. Así, y siempre a mi modo de ver, la única forma de justificar la reducción en el montante de la compensación equitativa (necesaria a juicio del Gobierno, en un momento de crisis económica en la que se han practicado recortes sustanciales en prácticamente todos los departamentos de la Administración del Estado) era reducir el ámbito de actuación del límite (es decir, los daños a los titulares de derechos) que esta hubiere de compensar. En este sentido, la propia Exposición de Motivos del AMLPI 2013 resultaba tremendamente ilustrativa, amén de clarificadora:

¹⁶³⁰ CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO, *Anteproyecto de la LPI: Reforma de la copia privada*, Observatorio TICs, 17 de abril de 2013. Disponible en <http://cyberlaw.ucm.es/expertos/loreto-corredoira/204-anteproyecto-de-la-lpi-reforma-de-la-copia-privada.html>. (Consultado por última vez el 19 de noviembre de 2013).

¹⁶³¹ AMLPI 2013. Exposición de Motivos. Punto I.

¹⁶³² El mismo AMLPI 2013 señala en el punto III de su Exposición de motivos que “*La financiación de esta compensación a cargo de los Presupuestos Generales del Estado va a llevarse a cabo con pleno respeto del principio del justo equilibrio entre la cuantía de aquélla y el perjuicio causado por las reproducciones para uso privado no autorizadas, de obras protegidas, vinculación que se plasma legalmente en los criterios a tener en cuenta en el procedimiento de cuantificación y liquidación de la obligación compensatoria para consignar anualmente dicha cuantía que después se referirá*”.

“En estas circunstancias se procede a una nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que supone su restricción como consecuencia de la exclusión, por un lado, de las reproducciones para uso profesional o empresarial, en cumplimiento de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por otra parte de las reproducciones a partir de soportes físicos que no sean propiedad del usuario, incluyéndose aquellas no adquiridas por compraventa comercial, y mediante comunicación pública salvo las reproducciones temporales e individuales de las obras radiodifundidas que se realicen únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento posterior. Al dejar de quedar amparadas por el límite de copia privada, estas reproducciones, cuando carezcan de autorización, devienen ilícitas y no podrán ser objeto de la compensación equitativa. Asimismo se especifican, en un nuevo apartado 3 al artículo 31, los supuestos excluidos del límite de copia privada, de tal modo que ya no sólo estarán excluidas las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador sino todas aquellas obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija” ¹⁶³³ .

Por tanto, de la Exposición de Motivos del AMLPI 2013 se colegía que: (a) El límite se circunscribe a las personas físicas y al uso privado que estas se hagan de una copia, lo cual, algunos podrían defender que ya ocurría bajo la redacción anterior del artículo, aunque el Anteproyecto había elegido delimitar expresamente por exclusión lo que se hubiese de entender por tal uso privado (de una manera que cualquiera que no conociera la historia del experimento realizado con el límite de copia privada y su compensación equitativa, con el objeto de legalizar de hecho la piratería, y compensar a los autores mediante un canon de aplicación indiscriminada, podría calificar de superflua). (b) Se intentaba asimismo clarificar el concepto de “*acceso legal*”, y por tanto lo que se debía entender por “fuente legítima” de una copia privada (y de las copias sucesivas que se realicen de esta) restringiendo las “fuentes legítimas” a los originales adquiridos por compraventa comercial, y a las emisiones televisivas o radiofónicas (El AMLPI 2013 las denomina como “*comunicaciones públicas mediante radiodifusión*”) por razones de “*time shifting*”, pero no de “*library building*” (recordemos la Sentencia SONY del Tribunal Supremo de EE.UU.), de ahí

¹⁶³³ Ídem.

que se exija el requisito de temporalidad en cuanto a estas reproducciones. (c) se señala expresamente que el resto de reproducciones se devengarán ilícitas, y por lo tanto no otorgarán derecho a una compensación equitativa a los titulares de derechos sobre las obras subyacentes a tales reproducciones, con lo que se justifica la reducción en el cálculo de la compensación equitativa presupuestada por el Gobierno. (d) Se excluyen expresamente del límite de copia privada, en el mismo texto del artículo 31.2 de la LPI, las realizadas de comunicaciones interactivas (es decir, principalmente de las obras audiovisuales comunicadas mediante la Red vía “streaming”), además de las ya existentes exclusiones para las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador.

La Exposición de Motivos del PMLPI 2014 resulta muy similar en este punto a la del AMLPI 2013, aunque incluye un par de novedades:

“En estas circunstancias se procede a una nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que supone su restricción como consecuencia de la exclusión, por un lado, de las reproducciones para uso profesional o empresarial, en cumplimiento de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por otra parte de las reproducciones a partir de soportes físicos que no sean propiedad del usuario, incluyéndose aquellas no adquiridas por compraventa mercantil, y mediante comunicación pública salvo las reproducciones individuales de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos. Al dejar de quedar amparadas por el límite de copia privada, estas reproducciones, cuando carezcan de autorización, devienen ilícitas y no podrán ser objeto de la compensación equitativa. Asimismo se especifican, en un nuevo apartado 3 al artículo 31, los supuestos excluidos del límite de copia privada, de tal modo que ya no sólo estarán excluidas las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador sino todas aquellas obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija” ¹⁶³⁴ .

¹⁶³⁴ Exposición de Motivos PMLPI 2014. Motivo III.

Así, al igual que en el propio texto del artículo: a) Se añade que serán actos de acceso legítimo los de distribución autorizada (en el texto del artículo), añadiendo además que esta distribución autorizada será se circunscribirá a cuando el usuario adquiriera el original por “*compraventa mercantil*”, sustituyendo la expresión “compraventa comercial”; b) se sustituye radio difusión por el más amplio concepto de comunicación pública autorizada “de la imagen, del sonido o de ambos”; c) se elimina el requisito de temporalidad en la reproducciones realizadas bajo el punto anterior con los cual en principio el límite cubre tanto actos de “*time-shifting*” como de “*library building*”; aunque en el artículo 25.5 de la LPI según el Proyecto de Ley aún se incluye el requisito de temporalidad inherente a los actos realizados por razón de “*time-shifting*”: “*No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno*”.

En el AMLPI 2013, al artículo 31 de la LPI se le añadía un apartado 3º, con lo que el límite de copia privada pasaba a estar regulado por los artículos 31.2 y 31.3 de la LPI. El artículo, según el Anteproyecto, quedaba redactado de la siguiente manera:

“Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

- a) Que se lleve a cabo por una persona física para su uso privado, no profesional ni empresarial.*
- b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente. A estos efectos, se entenderá que ha accedido legalmente a la obra divulgada únicamente los siguientes supuestos:*

1º. Cuando se realice la reproducción a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial.

2º. Cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno.

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa.

3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:

a) Las obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija.

b) Las bases de datos electrónicas.

c) Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99º

En la redacción que se propone en el PMLPI 2014 se conserva la adición de un tercer apartado al artículo 31, y se realizan algunos cambios sustanciales que matizan la radical restricción del límite que existía en el Anteproyecto. La redacción del límite en el Proyecto de Ley es así la siguiente:

“2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:

a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.

b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:

1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:

a) Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra.

b) Las bases de datos electrónicas.

c) Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99º.

Como se puede observar las adiciones y modificaciones que la proyectada delimitación legal del límite del PMLPI 2014 realiza sobre la del AMLPI 2013 son las siguientes ¹⁶³⁵ :

- Se realiza la adición de la fórmula “*constitutivas del límite legal de copia privada*” en la redacción del encabezamiento del punto 2 del artículo 31. Quizá el prelegislador quería

¹⁶³⁵ Hay que señalar que el Consejo de Estado, en su Dictamen 1064/2013 de 11 de noviembre de 2013 critica duramente la redacción del límite en el AMLPI 2013: “*En definitiva, el Consejo de Estado considera que debe efectuarse una profunda revisión de la proyectada configuración del artículo 31.2, pues como se ha expuesto, se ajusta con dificultad a la jurisprudencia del TJUE, desconoce o trata de soslayar la realidad social sobre la que se proyecta aplicar y presenta muy serias dudas sobre su capacidad para lograr la adecuada retribución del perjuicio causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, exigida sin fisuras por la mencionada jurisprudencia*”. Sin embargo, el PMLPI 2014 sólo toma en consideración alguna de las críticas realizadas por el Consejo de Estado, manteniendo en lo sustancial de la reforma del límite que contenía el Anteproyecto.

subrayar el carácter de límite de la norma, excluyendo por tanto que estuviéramos hablando de un derecho de los usuarios o de una excepción a un derecho.

- La adición en el apartado a) del artículo 31.2 de la fórmula “*y sin fines directa ni indirectamente comerciales*” como elemento subjetivo del límite. Tal adición podría resultar sorprendente a aquel que no conociera la aberración realizada con el límite de copia privada en nuestro país, ya que podría parecer reiterativo, puesto que se mantiene la prohibición de que el uso de la copia sea “colectivo ni lucrativo”. Parece una adición destinada de manera específica a dejar fuera del límite de copia privada toda reproducción que se pueda relacionar con la piratería en línea, y podría haber nacido a partir del hecho de que en numerosísimas Sentencias y Autos se hubiera declinado condenar a los responsables de webs de enlaces por el simple motivo de que sus ingresos (que en ocasiones resultaban sustanciales) no provenían del cobro directo al usuario, sino de la publicidad. Además, parece que deroga expresamente la aseveración de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado en el sentido de que la descarga de obras protegidas por el Derecho de Autor desde redes P2P se habrían de considerar legalmente como copias privadas. En este sentido, me parece uno de los pocos avances técnicos del Proyecto de Ley con respecto al Anteproyecto.
- La adición de las fórmulas “*desde una fuente lícita*” e “*y desde una fuente lícita*” en el apartado b) del artículo 31.2, con el objeto de describir de manera más precisa lo que sea “*acceso legal*”. En su momento se estudiará en profundidad este elemento, y explicaremos los problemas que ha traído su inconcreción legal ¹⁶³⁶.
- Se añade asimismo la fórmula legal “*directa o indirectamente*” en el requisito necesario para que podamos hablar de “*acceso legal*”, que se codifica en el número 1º del proyectado artículo 31.2 b). Así, se especifica (derogando así la doctrina de la desastrosa Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado consistente en que las descargas realizadas de redes P2P habrían de considerarse copias privadas) que sólo se accede

¹⁶³⁶ Ver pág. 847 y ss. No obstante, y como adelanto podemos recordar la distinción que se realizaba en la Sentencia Elrincondejesus.com entre “legalidad de acceso” y “legalidad de la fuente”

legalmente a las obras cuando se adquiere una copia por “*compraventa mercantil*”, pero aun resultando hasta cierto punto lógico que se especifique que las reproducciones indirectas han de quedar dentro del ámbito de actuación del límite, ya que la mayoría de las reproducciones que se realizan en el mundo digital son indirectas (por ejemplo: un usuario compra un CD de SERRAT en FNAC, realiza una reproducción en iTunes, y de ahí a su dispositivo móvil). Este es para mí el significado de esta fórmula, ya que de otra forma el límite no cubriría las reproducciones que desea abarcar (y que califica como de “perjuicio mínimo” a efectos de su compensación equitativa): las derivadas de las necesidades de “*space-shifting*” y “*format-shifting*” de los usuarios. No obstante, al admitirse las reproducciones indirectas, se amplía de nuevo el ámbito de aplicación del límite de una manera vaga e interpretable en direcciones diferentes. ¿Ha de ser la reproducción indirecta realizada por el mismo usuario que la ha adquirido en un acto de “compraventa mercantil” el mismo que realiza la reproducción indirecta? ¿Los miembros de su familia? ¿Sus amigos? Es otra prueba de la incapacidad del legislador para definir lo indefinible. Si dibujamos un límite de copia privada con el afán de cubrir todas las situaciones que se produzcan en el ámbito digital caeremos necesariamente en la ambigüedad, porque el límite no está pensado para este ámbito, sino para el analógico. Si lo que se desea es que los usuarios puedan realizar todas las copias tecnológicamente posibles y no sustitutivas en multitud de soportes y aparatos (inventados o por inventar), este objetivo se puede conseguir de manera bastante más eficiente por medio de licencias individuales.

- La sustitución de la fórmula que se encuentra asimismo en el número 1º del proyectado artículo 31.2 b) “...a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial” por “...a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil”. Resulta evidente que la técnica jurídica de la segunda redacción mejora en gran medida a la primera; ya que: (a) se sustituye “soporte original” por (parafraseando, eso sí) “soporte autorizado y comercializado” (por el titular de derechos de explotación, aunque no hubiera costado nada añadir la expresión “o afín”); (b) se sustituye “compraventa comercial” por “compraventa mercantil”, expresión mucho

más afortunada desde el punto de vista de la técnica jurídica, ya que ya se ha utilizado la expresión “*comercial*” en el mismo artículo para definir subjetivamente el ánimo (comercial o no, directa o indirectamente) con el que el copista realiza la copia, cuando lo que se pretende aquí es definir la compraventa que convierte el acceso a la “copia matriz” en lícito como aquella regulada (entre otras normas, como por ejemplo la LGDCU) por el Código de Comercio ¹⁶³⁷. No obstante, toda esta construcción resulta bastante artificiosa, y ya que lo que se pretende definir es lo que sea un acto de distribución que constituya “acceso legal” a efectos del límite (de ahí la mención del “soporte”), hubiera bastado con decir que no se consideran reproducciones amparadas por el límite de copia privada las realizadas de obras “distribuidas de manera no autorizada o licenciada de cualquiera de las maneras admitidas en esta Ley o en el resto de la legislación sobre contratos y licencias aplicable, por el titular del derecho de reproducción sobre la obra”.

- Se sustituye la redacción del número 2º del proyectado artículo 31.2 b) de la contenida en el AMLPI 2013: “*Cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno*”, a la que podemos encontrar en el PMLPI 2014: “*Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada*”.
- De esta sustitución se pueden deducir tres consecuencias:
 - Se elimina el requisito de que la reproducción sea “*temporal*”. Este requisito provenía directamente de la Sentencia SONY del Tribunal Supremo de los EE.UU. ¹⁶³⁸. En dicha Sentencia se señalaba como uso legítimo la reproducción de programas de televisión realizada para que el usuario los pudiera ver en un

¹⁶³⁷ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. Última revisión vigente desde 29 de Septiembre de 2013

¹⁶³⁸ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

momento posterior (“*time-shifting*”), pero no los que realizara para construirse una videoteca (“*Library building*”). De ahí el requisito de la temporalidad. Este requisito se suprime en la nueva redacción, con lo que el usuario en principio podrá conservar las copias que graba en incluso hacerse una videoteca con ellas. Dada la calidad intrínseca de la copia digital, y puesto que muy posiblemente este tipo de copias sí que tengan un carácter “*sustitutivo*”, parece dudoso que encajen en el concepto de “*perjuicio mínimo*” en relación con la compensación equitativa, de no exigirse la temporalidad de la reproducción. A mayor abundamiento, se suprime la fórmula “*con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno*”. Con esta modificación se sustituye entonces la esencia entera de la norma.

- Lo señalado anteriormente queda reafirmado al comprobar que se sustituye la exigencia de que el usuario haya “*accedido [a la obra] a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión*”, por la exigencia de que el usuario haya “*accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos*”. Evidentemente la segunda fórmula resulta mucho más extensa en su ámbito de aplicación que la primera, que se limitaba a las retransmisiones televisadas o radiodifundidas. Con la segunda fórmula se puede incluir cualquier acto de comunicación que se realice a través de la Red. Aunque se conserva la exclusión del límite para los actos de comunicación o puesta a disposición interactiva bajo licencia, me da la impresión de que la vaguedad de esta redacción podría terminar por causar problemas, puesto que “*difusión*” puede ser cualquier cosa, mientras que por “*radiodifusión*” se entienden las obras retransmitidas por radio o televisión, por lo que no me cabe duda de que se modifica sustancialmente el significado de la norma tal y como se encontraba redactada en el AMLPI 2013.
- Por último, se añade una exigencia adicional: “*no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no*

*autorizada*¹⁶³⁹”. ¿Se quieren restringir las reproducciones permitidas al ámbito doméstico? ¿Qué establecimientos o espacios públicos sí están autorizados para que se considere que ha existido “*acceso legal*” a la obra por parte del usuario? ¿Se está pensando en las futuras “bibliotecas en línea”? Me parece que esta sección ha sufrido un déficit muy acusado de claridad tras su modificación. Se ha pasado a una norma expresamente pensada para habilitar supuestos de (“*time-shifting*”) a una norma/híbrido que no se sabe muy bien ni qué significa, ni qué supuestos regula exactamente. Y sin embargo, en el artículo 25.5 de la LPI tal y como aparece en el Proyecto de Ley se sigue refiriendo a una situación que es estrictamente reproducción (temporal) para actos de “*time-shifting*”¹⁶⁴⁰.

- Se realiza un añadido al apartado c) del artículo 31.2 según el AMLPI 2013, que se leía: “*Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa*”. Además, en el PMLPI 2014 se añade “*ni de distribución mediante precio*”. Por tanto se quiere evitar que las copias realizadas al amparo del límite terminen en el conocido “Top manta”.
- Se sustituye la fórmula del apartado a) del nuevo punto 3 del artículo 31 la fórmula “*Las obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija*”, por “*Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra*”. Así se siguen exceptuando las obras ofrecidas en línea bajo licencia de forma interactiva vía “streaming”. Sin embargo, cabe la posibilidad de que al usuario en vez de

¹⁶³⁹ Suponemos que lo que se quiere decir es “*no autorizado*”. Copio la formulación del límite tal como está en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de febrero de 2014.

¹⁶⁴⁰ Concretamente el artículo 25.5 de la LPI según quedaría tras la reforma tal y como está en el Proyecto de Ley señala que “*No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno*”.

sólo usar y disfrutar la obra se le autorice a realizar una reproducción permanente (de pago por un precio mayor, como hace AMAZON), pudiendo además acceder a la obra a la vez cuando desee vía “streaming”. Entonces, ¿puede o no puede realizar el usuario una copia privada? Probablemente sólo de la obra que hubiese descargado de manera permanente, ya que entiendo que esta sería una comunicación autorizada por medio de la “difusión de la imagen y del sonido” conforme al proyectado artículo 31.2 b) 2°.

Es mi objetivo el integrar el texto del artículo 31.2 de la LPI (y 31.3 de la misma Ley) tanto como aparece en el AMLPI 2013 como en el PMLPI 2104 en el estudio de cada uno de los elementos que hemos considerados dignos de destacar y analizar en la positivación del límite de copia privada. Aunque hay que recordar que la versión de la LPI aún vigente en España cuando escribo estas líneas (excepto su artículo 25) es la resultante de la reforma de la LPI operada por la Ley 23/2006.

6.3 **El Artículo 31.2 de la LPI**

En esta parte de nuestro trabajo afrontaremos la tarea de analizar los elementos del artículo 31.2 de la LPI, que es el que regula el límite de copia privada en España. Desde una primera lectura del texto legal cabría deducir que este límite lo es exclusivamente al derecho de reproducción de los autores, aunque como muy bien señala SÁNCHEZ ARISTI ¹⁶⁴¹, sería aplicable asimismo a los otros derechos de propiedad intelectual sobre la obra que se pueden encontrar a lo largo del articulado de la LPI. Tal aplicación subsidiaria se sistematizaría a través del art. 132 de la propia LPI ¹⁶⁴². Además, puesto que en la era digital toda explotación conlleva necesariamente implícita una reproducción, el límite de copia privada afectaría indirectamente a los derechos de distribución y sobre todo de comunicación sobre las obras protegidas por el Derecho de Autor. Este impacto tendría lugar en la realidad del mercado y de manera indirecta, aunque muy significativa.

No le falta razón a SÁNCHEZ ARISTI, cuando sugiere que el flagrante caos en que se halla sumida la industria de contenidos en España no sería atribuible al límite de copia privada de

¹⁶⁴¹ SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 11. That

¹⁶⁴² Art. 132 LPI: “Las disposiciones contenidas en el artículo 6.1, en la sección 2.ª del capítulo III, del Título II y en el capítulo II del Título III, salvo lo establecido en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 37, ambos del Libro I de la presente Ley, se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en este Libro”.

haberse entendido este en su sentido más canónico. Puntualiza este autor que “*esos perniciosos efectos que algunos pregonan atribuyéndoselos a la copia privada, procederían en rigor de mal llamadas copias privadas, es decir, procederían de copias hechas por un particular pero creadas para subsiguientes usos ilícitos, como sería la puesta a disposición del público en internet de un fichero con obras y prestaciones musicales* ¹⁶⁴³ *elaborado a partir de un disco compacto comercial*” ¹⁶⁴⁴. No obstante, los acontecimientos ocurridos durante los últimos años nos han demostrado que el tiempo para discusiones doctrinales parece haberse agotado. Si nuestro objetivo consistía en enseñar a los usuarios el auténtico significado del límite de copia privada, hay que concluir que hemos fracasado, puesto que el significado y el ámbito de aplicación auténtico del artículo 31.2 de la LPI tal como quedó redactado tras la reforma operada en el año 2006 parece escapársele a la doctrina especializada (que llega a conclusiones que escalan desde las divergentes hasta las absolutamente contradictorias sobre el significado y alcance del límite). Si la doctrina no se pone de acuerdo sobre lo que sea en verdad el límite de copia privada, difícilmente lo harán los usuarios.

Opina MARTÍN-PRAT (y yo estoy completamente de acuerdo con ella) que el mayor problema del que adolece el límite de copia privada, es que muchos de sus elementos no se encuentran definidos con precisión ¹⁶⁴⁵, Esta patente falta de concreción en la definición de los elementos del límite conduce irremisiblemente a las ambigüedades legales que son “*conditio sine qua non*” para la existencia del “*desorden conceptual*” en cuanto al límite que existe en España. La incidencia de la ambigüedad en la redacción del límite de copia privada según la Ley 23/2006 (multiplicada por sus interpretaciones “oficiales”) sobre en la debacle del mercado de la explotación de obras de creación a través de la Red (y fuera de ella) en nuestro país ha sido y es directa y muy significativa. No resulta extraño que GARROTE ya nos advirtiera proféticamente hace más de una década de que la quiebra del equilibrio entre derechos de explotación y limitaciones a estos derechos que existía en la era analógica “*se ha visto a finales de los noventa alterado por el impacto brutal de internet, que ha posibilitado que los usuarios hagan de forma masiva e indiscriminada*

¹⁶⁴³ Y aquí tendrían cabida otro tipo de obras, como por ejemplo las audiovisuales.

¹⁶⁴⁴ SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 10.

¹⁶⁴⁵ MALMIERCA, MARTA; MARTIN-PRAT, MARÍA; RAMIREZ, JAVIER; XALABARDER RAQUEL *Mesa redonda La copia privada digital*. IDP, Revista de Internet Derecho y Política, n° 1, pp. 33-35., 2005. Pág. 39.

reproducciones digitales de máxima calidad de las obras y prestaciones protegidas, amparándose precisamente en una de las excepciones tradicionales en el derechos de propiedad intelectual, como es la posibilidad de realizar copias para uso privado del copista (art.31.2). De este modo, millares de usuarios descargan a diario “copias privadas” sin infringir la Ley” ¹⁶⁴⁶ . En otras palabras: el límite de copia privada (mal interpretado) ha sido la excusa legal utilizada para dar carta de naturaleza a la piratería.

A mi juicio, un análisis profundo del artículo 31.2 de la LPI requiere considerar paralelamente ambos sus elementos objetivos y subjetivos. Asimismo, a mi parecer, en el caso del límite de copia privada, como en la vida, los elementos objetivos por supuesto han de explicarse o considerarse; pero requieren de un análisis más sucinto que los elementos subjetivos, que representan obviamente el terreno más fértil para que se desarrollen sus ambigüedades. Por tanto, en las páginas siguientes realizaremos a efectos de comprensión un análisis suficiente de los elementos objetivos del límite, y un análisis mucho más profundo sobre sus elementos subjetivos, ya que en estos, radican las imperfecciones que presenta la redacción del artículo 31.2., y en donde resultaba necesaria y urgente una reforma legislativa; reforma que se encuentra en vías de producirse.

6.3.1 **Elementos objetivos.**

6.3.1.1 **Que se realice un acto de reproducción de una obra** ¹⁶⁴⁷ .

Algunos de mis mejores profesores consideraban (a mi juicio acertadamente) que todo el derecho de propiedad intelectual o industrial, no es otra cosa que un “*ius prohibendi*” que posee el autor o titular de derechos sobre una obra de creación, una marca, o una patente, para prohibir “*erga omnes*” el uso de estos objetos incorporeales de derecho durante un tiempo determinado. Por tanto, para ejercitar tal uso resultará necesaria la autorización del autor, del propietario de la marca, o del inventor. Evidentemente, lo que se prohíbe por las normas de propiedad intelectual e industrial, y concretamente por el Derecho de Autor, no puede ser sino un acto que conlleva consecuencias

¹⁶⁴⁶ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», *pe. i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002. Pág 46.

¹⁶⁴⁷ Sobre este tema ver infra. Págs. 418 y ss.

jurídicas, realizado por una persona física o jurídica determinada. Este acto es el presupuesto primero a todo análisis lógico que podamos realizar sobre un Derecho de Autor, y de toda excepción o limitación a tal derecho. En nuestro caso, tal acto no es otro que el de la realización de la reproducción no autorizada de una obra sujeta al Derecho de Autor por persona distinta a este autor (o por un titular de cualquiera de los derechos afines en el caso del acto de reproducción de una interpretación o ejecución). El Derecho de autorizar o prohibir una reproducción de su obra pues es la facultad primera de la que disfrutaban sus autores y otros titulares de derechos de explotación. Pienso que he analizado en este trabajo ya ampliamente el derecho de reproducción y he disertado largamente sobre la importancia del acto de fijación (sobre la actualización de este derecho en potencia). De manera concreta y real, lo que sea un acto de reproducción en España se define por el artículo 18 de la LPI, y lo que sea una obra a efectos legales, se define asimismo de manera extensa en la misma LPI, concretamente en los artículos 10 a 13 (inclusive) de la misma LPI; o lo que es lo mismo, en su Libro I, Título II, Capítulo II.

Algunos autores, como CARBAJO GASCÓN ¹⁶⁴⁸ diferencian entre el concepto de copia, que implicaría un componente de permanencia, y que en el entorno analógico se identificaría con el concepto de reproducción (lo cual es lógico ya que no existen reproducciones analógicas provisionales en el sentido en que existen reproducciones digitales provisionales en el ámbito de la Red), y el concepto abstracto de reproducción en la era digital, que *“puede englobar actos de fijación de una obra o prestación que pueden ser meramente efímeros, temporales, más o menos duraderos, o permanentes”* ¹⁶⁴⁹. Conservando este carácter de permanencia del concepto de copia este autor se aventura a dar la siguiente definición de copia digital, que resulta relevante a mí modesto entender, para comprender exactamente qué tipo de reproducciones digitales se encuentran cubiertas por el límite de copia privada:

“Por “copia digital” en sentido estricto, sólo debería entenderse una reproducción estable y duradera de una obra o prestación digitalizada en un soporte tangible (ejemplar electrónico del tipo CD, disquete, o DVD) o en un soporte intangible (“bits” almacenados en el disco duro de un ordenador u otro equipo equivalente) que permita su utilización por

¹⁶⁴⁸ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», Revista de Derecho y Nuevas tecnologías, núm. 2, 2003. Pág. 50.

¹⁶⁴⁹ Ídem.

el usuario de forma reiterada sin límite de tiempo o durante un tiempo predeterminado por el titular o derechohabiente)” ¹⁶⁵⁰ .

En realidad este concepto casa muy bien con el límite de copia privada, ya que lo que realizan los usuarios bajo el amparo del límite no son reproducciones provisionales, o reproducciones en sentido amplio, sino auténticas copias con un carácter de permanencia, lo que no significa de eternidad, sino que las copias privadas estarán fijadas de manera “*estable y permanente*”, al menos hasta que el usuario decida (o no) usarlas o disfrutarlas, o borrarlas. Un ejemplo muy claro de lo que acabo de exponer sería la reproducción de una emisión televisiva o radiodifundida con el objeto de disfrutarla en un momento posterior, y que a pesar de que el artículo 31.2 tal y como se encontraba redactado por el AMLPI 2013, que señalaba expresamente que habría de ser necesariamente una reproducción temporal (es decir que el usuario debería en teoría borrar la copia una vez que la haya usado o disfrutado, y no utilizarla para construir una videoteca, aunque como hemos visto este requisito se pierde en la nueva redacción emanada del PMLPI 2014), hubiera tenido un cierto carácter de estabilidad y permanencia en el soporte en que se hubiere grabado hasta que el usuario hubiere decidido usarla o disfrutarla (o como hemos dicho, borrarla). Así; las reproducciones realizadas por los usuarios vía “*streaming*”, no serían “*stricto sensu*” “copias”, aunque sí reproducciones cubiertas por el derecho de reproducción del artículo 18 de la LPI (ya que gozan de un valor económico independiente y evidente) ¹⁶⁵¹ .

El artículo 2 de la de DDASI nos indica que los actos de reproducción de la obra a los que se refiere su artículo 5.2 b) son los de “*reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte*”. Para CARBAJO GASCÓN esta es una “*fórmula amplísima cuya finalidad es abarcar todos sus actos técnicos que sirvan o puedan servir para reproducir la totalidad o, sea de forma temporal, más o menos duradera permanente, independientemente del medio o técnica por el que se haga la reproducción y del*

¹⁶⁵⁰ Ídem.

¹⁶⁵¹ Son reproducciones realizadas en la memoria RAM. Alguien podría decir que, forzando el concepto de “*copia*” (tal y como se ha forzado el de copia privada), estas reproducciones gozarían de cierto carácter de permanencia cuando el “*streaming*” se realiza sin la protección de medidas tecnológicas que impidan cargar (“*buffer*”) en la memoria RAM todo el archivo, ya que en este caso la reproducción se convertiría en una copia más o menos estable hasta que el usuario saliera del navegador (EXPLORER, FIREFOX, etc.), o directamente apagara el ordenador, siendo capaz de reproducir el archivo incluso en ausencia de una conexión de Red.

soporte del eje tangible o intangible en el que tenga lugar” ¹⁶⁵² . Como hemos explicado anteriormente en este trabajo, estos actos excluyen las reproducciones provisionales en sentido estricto; es decir, fundamentalmente cuando estas no gocen de una significación económica independiente. Recordemos lo que decía el artículo 18 de la LPI: “*Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.*”

Aunque (como no podía ser de otra manera) hemos analizado extensamente el derecho de reproducción, asimismo he de recordar que en el ámbito de Internet, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito fuera de línea, todo disfrute de una obra por parte del usuario implica su previa o simultánea reproducción adicional. Por tanto, el acto de reproducción de una obra para ser visionada vía “*streaming*” en el ordenador, o incluso en el receptor de televisión de un usuario mediante un servicio “*on demand*”, encajaría como un guante en la definición de lo que sea un acto de reproducción conforme al artículo 18 de la LPI ¹⁶⁵³ . De nuevo he de insistir en que ya que hemos estudiado profusamente en este trabajo el concepto, los diversos tipos, y la regulación de las reproducciones provisionales ¹⁶⁵⁴ . No obstante, y sin ánimo reiterativo, señalaremos que ESTEVE localiza tres tipos de reproducciones que se realizan a través de la Red hasta el momento en que el usuario puede usar o disfrutar la obra ¹⁶⁵⁵ . (a) Las reproducciones que se realizan previamente a la transmisión de la obra, que son aquellos actos de almacenamiento del archivo digital en un servidor, archivo al cual se le asigna la correspondiente dirección URL (“*Uniform Resource Locator*”). (b) Las reproducciones que se realicen de la obra durante la transmisión, que son las reproducciones volátiles y automáticas que se ha realizan con el objeto de transmitir la obra, repitiendo la señal en diferentes servidores, las reproducciones automáticas almacenadas

¹⁶⁵² CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 48.

¹⁶⁵³ No siempre ha sido así. CASAS VALLÉS nos recuerda que el artículo 99.3 de la LPI de 1987, no consideraba reproducciones aquellas que no estuvieran fijadas permanentemente en un medio o un soporte. Así, este artículo señalaba que “*no constituye reproducción a los efectos previstos en el artículo 18 de esta Ley, la introducción del programa [de ordenador] en memoria interna a los solos efectos de su utilización por el usuario, sin perjuicio de su necesaria comunicación al titular del derecho de explotación si así se hubiera pactado.*” CASAS VALLÉS, RAMÓN, *La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España*, [Artículo en Línea], UOC, [Fecha de Consulta 29/11/2011], <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>.

¹⁶⁵⁴ Me remitiré a estos efectos al punto 2.4 de este trabajo. Págs. 434 y ss.

¹⁶⁵⁵ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN. (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. Pág. 142-43.

temporalmente en la memoria caché de los servidores intermedios (“*Proxy Caching*”), y las reproducciones permanentes almacenadas en servidores intermedios con el objeto de descongestionar y agilizar el acceso a un archivo (“*mirror caching*”). Por último, podemos encontrar (c) las reproducciones de obras que se hagan en la etapa final de la transmisión; es decir, cuando el usuario/destinatario recibe el archivo digital que contenga la obra. Estas últimas serían las que podrían potencialmente ser objeto del límite de copia privada.

Tales reproducciones, según ESTEVE son de dos tipos: pueden ser volátiles cuando se almacenan en la memoria RAM, y desaparecen una vez que el usuario uso disfruta la obra o apaga el ordenador; o pueden ser permanentes cuando el usuario descarga el archivo en la memoria ROM del ordenador. Parece que ESTEVE considera que sólo estas últimas son reproducciones de acuerdo con el artículo 18 de la LPI ¹⁶⁵⁶, lo cual no es cierto, puesto que las reproducciones ESTEVE denomina “*volátiles*”, especialmente cuando impliquen la comunicación de una obra sujeta al Derecho de Autor y tengan un significado económico independiente (por ejemplo, las comunicaciones de una obra vía “*streaming*”), constituyen reproducciones en toda regla, y podrían estar sujetas al límite de copia privada (si bien hemos de recordar que la copia privada digital sí que implica una reproducción permanente; es decir, que permanecerá en la memoria ROM del ordenador hasta que el usuario decida borrarla). Así, las reproducciones en el ámbito de la Red que quedarían cubiertas por el límite de copia privada, según la redacción actual del artículo, serían las que se realizan en la etapa final de la transmisión; es decir, cuando el usuario las recibe. Estas reproducciones caerían dentro del ámbito de aplicación del límite cuando fueran permanentes, o incluso si fueran temporales (siempre que no se hallen protegidas por medidas tecnológicas y se comuniquen de forma interactiva según los puntos 1 y 5 del artículo 161 de la LPI vigente, y según el artículo 31.3 de la LPI `proyectada tanto por AMLPI 2013 como por el PMLPI 2014). Tal circunstancia se produce (creo que hay que reiterar) porque se trata de una reproducción con significado económico independiente, pues no en vano estamos hablando de derechos de explotación; es decir, de derechos económicos.

Con respecto a qué cantidad de la obra faculta a reproducir el límite de copia privada, según GÓNZALEZ DE ALAIZA “*Pese al silencio del legislador español, la excepción de copia privada*

¹⁶⁵⁶ Ídem.

legítima el particular tanto para la copia de toda la obra como de una parte de la misma, pues idéntica imposibilidad de control existe en ambos casos” ¹⁶⁵⁷. Esta conclusión parece lógica si nos remitimos al texto del artículo 18 de la LPI, que no diferencia realmente entre la relevancia jurídica resultante de realizar una reproducción total o parcial de una obra ¹⁶⁵⁸, aunque parece no obstante lógico pensar que cuanto menor sea la cantidad de la obra que se reproduzca, en menor medida afectará esta reproducción a los intereses de su titular de derechos, y más fácilmente resultará que tal reproducción se conforme a las exigencias de la “*regla de los tres pasos*”. No obstante, el problema derivado de la piratería en la Red se refiere normalmente la reproducción no autorizada por parte del usuario de obras completas (aunque la configuración técnica de algunas redes P2P provoca que cuando el usuario comparte una obra a través de ellas normalmente sólo aporte una parte del archivo digital que contenga dicha obra almacenado en su ordenador). Es precisamente en este punto donde la distinción entre reproducción total o parcial podría alcanzar cierta relevancia, puesto que determinaría el momento en que se ha realizado el acto de reproducción. Me explico: imaginemos un usuario que se descarga una película en forma de un archivo digital desde una Red P2P. Tanto si considerásemos este acto como ilícito (a efectos de su represión), como si lo considerásemos cubierto por el límite de copia privada (a efectos de la compensación equitativa), si convenimos en que sólo se realizaría un acto de reproducción cuando se copiase la obra en su totalidad, entonces el acto de descarga se habría realizado a efectos legales en el momento en que el usuario se hubiera descargado totalmente la obra. Por otra parte, si consideramos que el acto de reproducción se realiza al descargarse parte de una obra, habríamos que considerar el acto realizado en el momento que el usuario hace “*click*” en la web de descargas con el objeto descargarse una obra determinada, aunque para ello no podríamos tomar en consideración la parte del artículo 18 que señala que la reproducción se completa en el momento en que la fijación de la obra “*permita su comunicación o la obtención de copias*”, pues si tomamos este añadido en consideración el acto de reproducción se completaría sólo en el momento que el usuario pudiera visionar parte del archivo desde el mismo programa de descargas (porque se hubiera descargado una parte suficiente del archivo). Este punto también resulta relevante en

¹⁶⁵⁷ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 156.

¹⁶⁵⁸ Esta distinción se y es relevante por ejemplo en EE.UU. efectos de la doctrina del “*fair use*”; donde la cantidad reproducida, y la relevancia o importancia de lo que se reproduzca con respecto a la totalidad de la obra ha sido objeto de uno de los más famosos casos relativos a esta institución jurídica. Ver *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

cuanto a las comunicaciones vía “*streaming*”, puesto que el acto de reproducción se completaría cuando el usuario se hubiera descargado en la memoria RAM (“*buffer*”) la parte suficiente como para poder realizar su visionado (esto es, inmediatamente). No obstante si consideramos que el acto de reproducción se realiza sólo cuando se reproduce la totalidad de la obra, tendríamos que esperar a que el archivo (la película) se hubiera descargado totalmente en la memoria RAM, con lo que llegaríamos al absurdo de que las webs de “*streaming*” legales, en las que normalmente sólo se almacena en la memoria RAM la parte necesaria para que el usuario pueda visionar la película, cargándose el resto a medida y paralelamente a que el usuario proceda al visionado de la obra, no constituirían un acto de reproducción a efectos legales.

Por lo que respecta a la diferenciación entre reproducciones directas e indirectas: las reproducciones directas son aquellas en las que la reproducción permite la comunicación directa de la obra por parte del titular de derechos, y la percepción inmediata de la misma por parte del usuario. Es decir, cuando percibimos una obra directamente con nuestros sentidos, como sucede en reproducciones tales como la fotocopia de un texto o de una imagen ¹⁶⁵⁹. Por otro lado, hablaríamos de fijaciones indirectas cuando “*la reproducción no permite al usuario percibir la comunicación de la obra directamente, sino que le resulta necesario ejecutar la grabación en un aparato para lograr tal comunicación*” ¹⁶⁶⁰. Por tanto, al hablar de reproducciones digitales estamos hablando necesariamente de reproducciones indirectas. CARBAJO GASCÓN así nos lo recuerda: “...una vez digitalizada una obra o prestación y almacenada una copia digital de la misma en un ejemplar electrónico o en la memoria interna de un ordenador u otro equipo equivalente, la tecnología digital no permite la percepción sensitiva inmediata de una obra o prestación incorporada a un soporte electrónico tangible o intangible. Esa copia digital de la obra o prestación debe reproducirse electrónicamente mediante mecanismos adecuados para poder ser percibida visual y/o auditivamente y utilizada por el usuario” ¹⁶⁶¹.

¹⁶⁵⁹ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN. (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. Pág. 142.

¹⁶⁶⁰ Ídem.

¹⁶⁶¹ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pag. 48.

El PMLPI 2014, por primera vez habla de reproducciones directas e indirectas. Así el artículo 31.2 b) 1º según la modificación prevista en el Proyecto de Ley señala que sólo podremos hablar en propiedad de “*acceso legal*” “*cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil*”. Debemos entender que además de la concepción tradicional de reproducción directa e indirecta, el Prelegislador aquí quiere decir que quedan al amparo del límite tanto las reproducciones que se realicen directamente por el usuario desde el original adquirido por el usuario en compraventa mercantil (un DVD de “Casablanca”), como las reproducciones posteriores que el usuario realice desde para usar y disfrutar la obra desde dispositivos móviles (el usuario realiza una reproducción del DVD de “Casablanca” en su ordenador personal para posteriormente realizar otra reproducción en su iPad, que es la que va a visionar, digamos durante un viaje). Bajo la concepción tradicional ambas reproducciones serían reproducciones indirectas. No obstante, parece que la intención del legislador no es otra que considerar como directas las reproducciones realizadas directamente por el usuario desde el soporte original (del DVD de “Casablanca”, en nuestro ejemplo), e indirectas las posteriores realizadas por este desde “copias del original” (la reproducción del ordenador al iPad, en el ejemplo reseñado).

En cuanto al número de reproducciones que permite realizar al usuario el límite de copia privada, el artículo 31.2 habla simplemente de “la reproducción”, con lo que se podría deducir que bajo el límite de copia privada sólo se admite que el usuario realice una única reproducción de la obra. GONZÁLEZ DE ALAIZA nos dice que “*Una interpretación y estricta, quizá incluso forzada, del tenor del art. 31.2 de la LPI llevaría la aceptación de una sola copia, pues el mismo habla de «la reproducción» y «la copia obtenida», en singular. E incluso existe otro argumento, que deriva de la comparación con el art. 18 («reproducción») donde el legislador se refiere a «copias» en plural*”¹⁶⁶². Este autor, nos da cuatro argumentos para rebatir que el límite permita realizar solamente una copia¹⁶⁶³: (a) la imposibilidad de control dentro del ámbito privado del usuario resulta idéntica con respecto a una sola copia que a varias copias; (b) en la actualidad los usuarios

¹⁶⁶² GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pag. 157.

¹⁶⁶³ Ídem.

usan y disfrutan las obras en formato digital reproduciéndolas mediante un gran número de soportes y aparatos diversos, con lo que una sola copia privada no satisfacerla en ningún modo las necesidades de los usuarios; (c) en general en el derecho comparado se habla de “copias” en plural¹⁶⁶⁴; y (d) los escasos pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema entienden asimismo que hablamos de “copias” en plural¹⁶⁶⁵. Otros autores concurren en que el límite no se reduce a una sola copia, entendiendo muchos de ellos que resulta “irrelevante” el número de copias que se realicen por parte del usuario¹⁶⁶⁶. Aunque algunos advierten, basándose en la jurisprudencia existente¹⁶⁶⁷, que si el número de copias en posesión del usuario resulta desmesurado, cabría inferir que tales copias no están destinadas al uso privado.

Por tanto, defiende que se debería dejar a los titulares de derechos de explotación decidir el número de copias privadas que permiten realizar a los usuarios, pues este número normalmente se adaptará mejor a las necesidades de los mismos que el que pueda prever una Ley. Radica en interés de los titulares de derechos (como se demuestra en entornos de comercialización digital de obras de creación “avanzados”, como por ejemplo los EE.UU.) el que sus obras se comercialicen, y que los usuarios puedan disfrutarlas en todos los medios o aparatos disponibles en el mercado, lo que normalmente conduce a que un usuario que realice un uso o disfrute “moral o éticamente adecuado” de una obra pueda realizar tantas copias privadas como desee para cubrir sus necesidades de “*space shifting*” o “*format-shifting*”; mientras que (lógicamente) si la necesidad del usuario responde a necesidades derivadas del “*time shifting*”, la realización de una copia

¹⁶⁶⁴ Como hemos visto, en Alemania la jurisprudencia ha llegado a la (arbitraria) conclusión de que el número máximo permitido de copias asciende a siete. En EE.UU. se diferencia entre archivos musicales reproducidos en soportes tangibles (mínimo de una copia digital y sin límite para las copias analógicas, puesto que no existe derecho a la “mejor” copia), sin límite para archivos musicales en formato MP3 Cuando se reproduzcan en aparatos de reproducción de MP3 o similares; Y sujeción a la voluntad del titular de derechos sobre la obra en cuanto a obras audiovisuales; distanciándose o deduciéndose tal voluntad de la implantación o no de medidas tecnológicas en el soporte.

¹⁶⁶⁵ “No es contrario a la ley el que una persona (propietaria del original de un cd) pueda, por ejemplo, hacerse una o más copias de un cd Para poder escuchar música en casa, en el coche, en el chalé... Sería ilógico pensar que para todas esas situaciones, privadas, tuviera que comprarse tantos originales como situaciones particulares tuviera que afrontar” Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de mayo de 2002. Fundamento jurídico 3º. Párrafo reproducido en GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 158; y LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009.

¹⁶⁶⁶ En este sentido LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009; SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003 Pág. 13.

¹⁶⁶⁷ Así, LÓPEZ MAZA Interpretando la sentencia de la audiencia provincial de Valencia de 8 de mayo de 2008 Ver LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 236. Pie de página nº 735.

privada (temporal) resultará suficiente para él. Así por ejemplo, en la reforma operada por el AMLPI 2103, el usuario podía realizar tantas copias como deseara de las obras adquiridas mediante compraventa comercial, mientras que en los casos de reproducción temporal de emisiones televisivas, la realización de una copia bastaba para que el usuario pudiera disfrutar la obra en un momento posterior al de su emisión. El PMLPI 2014 cambia, como hemos visto, completamente el sentido de esta norma, aunque exige expresamente en la proyectada redacción del artículo 31.2 b) 2º que en estos casos se realice por el usuario sólo una reproducción:

“Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada”.

Además, tal y como veremos en el punto siguiente de este capítulo con mayor detenimiento, el AMLPI 2013 en el fondo dejaba a la voluntad del titular de derechos la autorización para la realización de copias privadas, ya que por mor de la potencial reforma legal las medidas tecnológicas de protección prevalecerán sobre el límite de copia privada de llevarse a cabo la reforma; puesto que este límite abandonaba la categoría de los límites “fuertes” que prevalecen sobre las medidas tecnológicas (reforma que desaparece en el Proyecto de Ley). Por último, y para no esquivar el tema, hay que señalar que una lectura del artículo 31.2 de la LPI en combinación con el artículo 161.4 de dicha Ley ¹⁶⁶⁸, parece indicar que cuando la obra esté fijada en un soporte analógico, o cuando esté fijada en un soporte digital pero no se halle protegida por medidas tecnológicas, el usuario puede realizar cuantas copias privadas desee, puesto que resulta imposible para el titular de derechos controlar el número de copias que realice el usuario. No obstante, si la obra se hallare protegida por medidas tecnológicas, se satisfarán los requisitos del límite por parte del titular de derechos sobre la obra permitiendo al usuario realizar una sola copia digital. Esta lectura se quiebra bajo la nueva redacción emanada del PLMLPI 2014, ya que al permitir

¹⁶⁶⁸ Artículo 161.4 de la LPI “Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado”.

“reproducciones directas e indirectas” en el caso de que el usuario adquiriera la obra en el mercado, indirectamente permite a este realizar cuantas reproducciones sean necesarias. Es este otro cambio positivo, ya que en la realidad digital los usuarios realizan un gran número de copias (especialmente de las obras musicales, de las que realizan tantas como dispositivos móviles posean), aunque parece evidente que estamos ante otra regulación superflua de la que se podía haber hecho cargo perfectamente el mercado.

Por tanto, los actos de reproducción objeto del límite de copia privada según la Ley 23/2006, son los de fijación de una obra sujeta al Derecho de Autor en un soporte analógico (caso en que el concepto de reproducción equivale al de copia), los de fijación estable o duradera en un soporte o aparato digital con carácter permanente, y los provisionales que gocen de significación económica independiente, siempre que no se comuniquen de manera interactiva. Si nos fijamos en lo que disponía el AMLPI 2013, los actos de reproducción objeto del límite serían los primeros, y los segundos cuando se adquirieran por el usuario por compraventa comercial; pero no los terceros, puesto que “*a contrario sensu*” parece que el AMLPI 2013 excluía la posibilidad de realizar reproducciones de actos de comunicación o puesta a disposición, con la excepción de la realización de una sola copia temporal en el caso de las retransmisiones televisivas o radiodifundidas. El Proyecto de Ley sigue al Anteproyecto en lo sustancial de su regulación, excepto en este último punto, ya que elimina la facultad de realizar una copia temporal de un acto de radiodifusión (y aquí ambas normas definen lo que sea “acceso legal”), sustituyéndolo por la facultad de realizar “*una reproducción individual*” (pero no temporal) de “*un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada*”, cambiando, como hemos visto más arriba, completamente el significado de la norma.

Además, en el caso de las reproducciones digitales en Red, son objeto del límite de copia privada tanto en la LPI tal como se encuentra redactada a día de hoy, como según ambas las redacciones del AMLPI 2013 y del PMLPI 2014, sólo las reproducciones finales permanentes que realice el usuario cuando reciba la obra. El límite de copia privada cubrirá además tanto las reproducciones que se realicen de una parte de la obra como de su totalidad. En cuanto al número de actos de reproducción (de copias) que se pueden realizar por el usuario bajo el amparo del límite, son a mí

entender ilimitadas bajo el régimen actual, dependían de la voluntad de los derechohabientes según la reforma de la LPI planteada en el AMLPI 2013 en los casos en que el usuario hubiera adquirido legítimamente una copia por compraventa comercial, y pasan a ser de nuevo ilimitadas bajo el PMLPI 2014. Por último, se permite una única copia (que había de tener carácter temporal según al Anteproyecto, pero ya no según el Proyecto de Ley) en el caso de las copias privadas realizadas por razones de “*time-shifting*” de una comunicación (suponemos que realizada por cualquier medio) de la imagen, el sonido, o de ambos de una obra sujeta al Derecho de Autor.

6.3.1.2 **Que el acto de reproducción no sea o esté autorizado por el titular del derecho de reproducción.**

Como decíamos en el punto anterior, cuando hablamos de Derecho de Autor nos estamos refiriendo a un “*ius prohibendi*” del que disfruta este autor (u otros titulares de derechos) sobre su obra. Si el autor o titular de derechos autoriza al usuario a realizar una determinada reproducción de su obra, haciendo uso del derecho de disposición sobre su propiedad intelectual, nos hallamos en la situación ideal. Puesto que los derechos de explotación sólo se pueden desarrollar plenamente en el marco de una economía de mercado (no son derechos de propiedad simples, como podría ser la propiedad de un particular sobre su vivienda, sino que se hallan estrechamente vinculados a la explotación económica de sus obras en el mercado), los actores que operan en este mercado aspiran naturalmente a sacar el máximo beneficio de sus inversiones. Teniendo en cuenta la incidencia en el mercado de las reglas sobre la competencia, entonces los titulares de derechos tenderán a autorizar a los usuarios todas las reproducciones que sean necesarias para un uso normal de su obra. Quien así no lo haga (por ejemplo, una web legal que hipotéticamente cobrara un sobreprecio por cualquier reproducción que el usuario realizara de un archivo para utilizarlo en su iPad, en su reproductor de MP3, etc.), estará irremediablemente condenado a eventualmente echar el cierre a su negocio. Es más, la LPI obliga expresamente en su artículo 48, párrafo 2º a los cesionarios a “*poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate*”.

El artículo 31.2 de la LPI nos habla implícitamente de actos de reproducción no autorizados. Tal autorización según el artículo 17 de la LPI corresponde al autor de manera exclusiva, aunque

existen, como sabemos, otros derechos conexos que se encuentran regulados en el Libro II de la LPI, y cuyos titulares a efectos del derecho de reproducción se equiparan al autor. Por ejemplo, existen los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones de obras de creación propia o ajena (regulados en los artículos 105 a 113 de la LPI), entre los que se encuentran autorizar su reproducción (artículo 107 de la LPI); los de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones de obras audiovisuales o meras imágenes (regulados en los artículos 114 a 119 de la LPI); los de los productores de grabaciones audiovisuales sobre dichas grabaciones o sobre imágenes de las mismas (regulados en los artículos 120 a 125 de la LPI); o los de las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones o transmisiones (regulados en los artículos 126 a 127 de la LPI). Todos estos titulares de derechos gozan análogo derecho y capacidad que el propio autor a la hora de autorizar un acto de reproducción sobre una obra, y se encuentran asimismo sometidos a las limitaciones legales a este Derecho de Autorizar o prohibir tal acto, por mor de la aplicación subsidiaria sobre ellos de la normativa sobre los derechos de explotación sobre una obra, así como sobre los límites a tales derechos, de acuerdo con el artículo 132 de la LPI. Por tanto todos los sujetos de derecho enumerados en este párrafo se encuentran legal y originariamente habilitados para autorizar o prohibir el ejercicio del derecho de reproducción sobre una obra, que se recoge en el artículo 18 de la LPI. El motivo de que todos estos “explotadores” de la obra gocen de un derecho de propiedad sobre la misma ¹⁶⁶⁹ es que han realizado una inversión: o bien, han arriesgado su dinero (los productores de una película o un disco); o bien han invertido su tiempo, su alma y su genio (los autores). La Exposición de Motivos del PMLPI 2104 subraya que “*El artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, permite a los Estados miembros de la Unión Europea establecer, como límite al derecho de reproducción (por el que sólo el titular del derecho de autor o derecho afín puede autorizar o prohibir la reproducción de la obra), el caso de las copias en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado. No obstante, la Directiva obliga, a los Estados miembros que implanten este límite, a establecer una*

¹⁶⁶⁹ Algunos, de forma torticera y peyorativa, denominan al derecho de propiedad que suponen los derechos de explotación como un “monopolio”. Si en realidad lo es; lo es de la misma forma que el derecho de propiedad real constituye un “monopolio” sobre una casa.

*vía para que los titulares de esos derechos de reproducción reciban a cambio una compensación equitativa”*¹⁶⁷⁰.

Además, hay que señalar que este “*ius prohibendi*” es transmisible tanto “*inter vivos*” como “*mortis causa*”. La transmisión de los derechos de explotación sobre una obra, y por ende del derecho de reproducción sobre la misma, se puede realizar de manera exclusiva o no exclusiva, de manera lucrativa o no lucrativa, y comprende un variadísimo crisol de contratos, cesiones exclusivas, cesiones no exclusivas y licencias que se recogen en el Libro I, Título V de la LPI. Además, y con ánimo no exhaustivo, habremos de recordar que existen además presunciones legales de cesión; como por ejemplo la cesión que se presume realizada en exclusiva al productor por parte de los autores de una obra cinematográfica¹⁶⁷¹, y que se recoge en el artículo 88 de la LPI, o la que el autor asalariado se presume realiza al empresario (bajo ciertas condiciones) del artículo 51 de la LPI (“*work for hire*”).

CARBAJO GASCON nos recuerda que el artículo 2 de la DDASI “*Obliga a los Estados miembros a establecer a favor de los autores, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de películas de organismos de radiodifusión, el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta provisional o permanente, por cualquier medio o en cualquier forma de la totalidad o parte de la obra, interpretación o ejecución, fonograma, película o emisión*”¹⁶⁷². Este derecho, puesto que es un derecho de propiedad (aunque el CC lo clasifique como una propiedad especial), se ejerce “*erga omnes*”, como todos los demás derechos de propiedad. Por lo tanto cualquiera que realice un acto de reproducción sobre una obra sujeta al Derecho de Autor necesita autorización previa del titular de derechos sobre la obra.

¹⁶⁷⁰ La Exposición de Motivos del AMLPI 2103 ya señalaba que la DDASI ““*permite a los Estados miembros de la Unión Europea establecer, como límite al derecho de reproducción (por el que sólo el titular del Derecho de Autor o derecho afín puede autorizar o prohibir la reproducción de la obra), el caso de las copias en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado*”.

¹⁶⁷¹ Artículo 87 de la LPI: “*Son autores de la obra audiovisual en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley:*

1. El director-realizador.

2. Los autores del argumento, la adaptación y los del guion o los diálogos.

3. Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra”.

¹⁶⁷² CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 48.

En suma, existen en potencia múltiples titulares de los derechos de explotación sobre una obra de creación que podrían autorizar o prohibir su reproducción, ya que gozan “*ex legis*” del derecho a autorizarla o prohibirla. En la era digital este derecho de reproducción resulta crucial, ya que a diferencia de lo que sucedía con el formato analógico (con un libro, con un disco de vinilo), puesto que las reproducciones digitales son irremediamente indirectas (tal y como la hemos estudiado más arriba en su sentido o interpretación clásica), para ser capaz de usar o disfrutar una obra en formato digital es necesario que el usuario realice una reproducción de la misma (pensemos en un DVD, que el usuario visiona en su ordenador: es necesario que se realice una reproducción, aunque tal reproducción se realice sólo en la memoria RAM del aparato). El problema que se plantea es el de la maleabilidad de la copia digital, en los términos ya explicados, consistentes en que de manera potencial se pueden realizar sucesivamente infinitas copias de ella, copias todas ellas de idéntica y perfecta calidad, y que tales copias se pueden transmitir “*ad infinitum*” a través de la Red. El problema, decimos, es que tal situación puede provocar que todo este elaborado y complejísimo sistema de transmisión de derechos entre autores, exhibidores, intérpretes, editores, etc., destinado a realizar una explotación eficaz de la obra, cese de tener valor, ya que en la era digital cada usuario es un editor o exhibidor en potencia, goce o no de los derechos de explotación sobre la obra.

Resulta entonces más que obvio que las autorizaciones más importantes (las únicas relevantes, de hecho) para realizar actos de reproducción legítimos de la obra, a efectos de este trabajo, son las que se conceden a su usuario final. Amén de la potestad de autorizar o prohibir los actos de reproducción, el resto de los derechos de explotación tradicionales de la era analógica son bien conocidos, e incluyen la potestad de realizar, autorizar o prohibir la venta o el alquiler de copias en soporte tangible de la obra, regulada en el artículo 19 de la LPI, o la potestad de autorizar o prohibir la comunicación pública de la obra, regulado en el artículo 20 de la misma Ley. En la era digital, según buena parte de la doctrina, habría surgido un nuevo derecho de explotación que asimismo se circunscribiría en el ámbito de actuación del artículo 20 de la LPI: el Derecho de Autorizar o prohibir la puesta a disposición de una obra a través de la Red. El objeto de este derecho lo explica ESTEVE “*Se refiere esta modalidad al acto de comunicación pública que tiene lugar cuando las obras se ponen a disposición del público desde un servidor conectado a Internet. La principal novedad de esta modalidad de comunicación pública consiste en que el público además de poder escoger el lugar desde donde accede a la obra (como también ocurre con la radiodifusión*

o transmisión por cable) puede también decidir el momento en que quiere tener acceso a la misma. Esta última opción es, precisamente, la principal aportación técnica que han facilitado las redes del tipo internet frente a la radiodifusión y transmisión por cable que facilitan el acceso a programas estructurados, con un horario determinado de acceso” ¹⁶⁷³ .

Los puntos que van desde la letra a) hasta la h) en el artículo 20, sección 2ª recogen las fórmulas tradicionales de comunicación pública pura. En estas, cuando impliquen una transmisión, el usuario puede realizar tradicionalmente copias para uso privado excepto cuando estuviese expresamente prohibido. Por ejemplo, un usuario podía grabar una película emitida por televisión, en principio para verla más tarde (“*time-shifting*”), aunque no para hacerse una videoteca, que era lo que normalmente ocurría (facultad que mantiene el AMLPI 2013, pero no el PMLPI 2014). Lo mismo podemos decir de los VHS o DVD en alquiler, de los que se realizaban copias analógicas: en teoría, esta práctica estaba prohibida. No obstante, la imposibilidad de control en el ámbito doméstico, y el escaso impacto económico que estas copias significaban para los titulares de derechos (además de que ya existiera un canon digital sobre, por ejemplo, las cintas de VHS), explicaban la relativa paz existente bajo este sistema. Todo este entramado cambia en la era digital, lo que ha provocado la aparición de un nuevo instrumento legal: las licencias de uso, que autorizan los actos recogidos en la letra i), del artículo 20.2., y sobre la que volveremos asimismo con mayor profundidad.

No obstante, aunque la puesta a disposición interactiva al usuario de obras a través de una red a la carta, que recoge el artículo 20.2 i) de la LPI implica siempre una reproducción, puesto que para utilizar un determinado contenido digital es necesario reproducirlo, esta reproducción no está sujeta por imperativo legal al límite de copia privada. Aun así, existen licencias de uso que sí que están sujetas a este límite, como por ejemplo las licencias gratuitas explícitas (mediante la inclusión de condiciones de uso en la web) e implícitas de los periódicos y contenidos digitales que se ponen a disposición del público en Internet de forma gratuita ¹⁶⁷⁴ . No cabe duda de que

¹⁶⁷³ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 153.

¹⁶⁷⁴ Para introducirse eficientemente en el tema de las principales licencias de uso v. CARBAJO GASCON, FERNANDO (2009). «Las cesiones de Derecho de Autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN),

estas licencias constituyen una autorización del titular de derechos sobre el contenido existente en la propia web.

Además, existen otros nuevos modelos de licencias públicas generales, en las que el titular de derechos sobre la obra la pone “*a disposición del público a través de la Red, autorizando a cada miembro a acceder a esa obra y reproducirla, distribuirla o comunicarla públicamente y de manera gratuita, por cualquier medio y en cualquier forma, con carácter comercial o no comercial*”¹⁶⁷⁵. Estos modelos, como por ejemplo el software libre, o el “*copyleft*”, según CARBAJO GASCÓN, podrían dar la impresión de ser movimientos contrarios a la propiedad intelectual, aunque según defiende acertadamente este autor, su punto de partida es precisamente el contrario: el del respeto a la misma y el del reconocimiento a los derechos de los autores. Son modelos que simplemente significan que quien quiera ceder al público ciertos derechos de explotación sobre una obra, esta evidentemente facultado para ello, puesto que una de las facultades de cualquier propiedad es cederla o enajenarla gratuitamente. Algunos han puesto este modelo como alternativo y sustitutorio de los derechos de explotación, cuando en realidad ambos modelos parten de la misma y sagrada fuente: la autonomía de la voluntad. Resulta curioso a la par que irónico comprobar que las licencias “*creative commons*” participan de la misma naturaleza jurídica que los contratos o licencias por las cuales se está desarrollando el derecho de acceso, que no es otra que “*un contrato de adhesión, al que resultarían de aplicación las reglas generales del derecho común sobre obligaciones y contratos y las normas sobre control de las condiciones generales de contratación*”¹⁶⁷⁶. El límite de copia privada no tiene sentido en el marco de este modelo, puesto que los autores ceden gratuitamente el derecho de reproducción (aunque, ojo, la inmensa mayoría de las veces no la facultad de explotar económicamente las copias resultantes), por lo que no incidiremos más en este punto¹⁶⁷⁷.

“*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 337-339.

¹⁶⁷⁵ Ídem. Pág. 341.

¹⁶⁷⁶ CARBAJO GASCON, FERNANDO (2009). «Las cesiones de Derecho de Autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 342.

¹⁶⁷⁷ Igualmente recomendamos para ilustrar este punto CARBAJO GASCON, FERNANDO (2009). «Las cesiones de Derecho de Autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 340-41.

Hemos visto de manera esquemática en las páginas anteriores las formas en que un autor puede autorizar el acto de reproducción sobre una obra. Por tanto, a no ser que la obra se encuentre en el dominio público, o que el autor haya autorizado o cedido su uso, la no autorización de un determinado acto de reproducción es presupuesto del límite de copia privada, puesto que este (no huelga decirlo) constituye un ejercicio del poder coercitivo del Estado sobre un derecho de propiedad de un autor (u otro legítimo titular de derechos) sobre su obra. Es un acto que se hace sin contar con la voluntad del titular de derechos de propiedad, y es además un límite a un derecho, por lo que debe ser interpretado restrictivamente. Se olvida muchas veces, por muchos de los adalides de las descargas, muchos de ellos furibundos defensores de la propiedad y de la libertad en otros ámbitos, esta aserción tan sencilla y tan elemental: Los derechos de explotación emanados del Derecho de Autor son propiedad, y disponer de esta propiedad es una facultad derivada de la autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad contractual es una de las máximas expresiones de la libertad ¹⁶⁷⁸.

No obstante, CARBAJO GASCON incide en la dificultad práctica de aseverar qué copia estaría autorizada y que copia no lo estaría en el ámbito de la Red bajo el manto legal del límite de copia privada, precisamente por la propia confusa redacción del vigente artículo 31.2 de la LPI: “... *si nos ajustáramos a la exigencia de interpretación restrictiva de las excepciones podría decirse que sólo sería lícita la copia privada realizada a partir de un ejemplar o archivo en línea autorizado (adquirido legítimamente previo pago o autorización), sin embargo la imposibilidad de controlar la copia para uso privado realizada sobre otra copia privada anterior aconseja no vedar*

¹⁶⁷⁸ El Dictamen del Consejo de Estado Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013 de 11 de noviembre de 2013 sobre el Anteproyecto de Reforma de la LPI critica la restricción del límite de copia privada señalando (no sin razón) que en el Ordenamiento Jurídico español no se encuentran lo suficientemente desarrollados los modelos de licencias que sustituirían al límite: “*la modificación legal proyectada puede situar a un importante número de ciudadanos ante una situación en la práctica de ilicitud, como han señalado en alegaciones diversos sectores informantes, situación que no se acompaña de las suficientes medidas dirigidas a evitarla a través de la concesión de una autorización o licencia del titular del derecho, que ni sabe, ni puede, ni dispone de los medios para conceder esas autorizaciones en cada caso concreto. Muchas de las actuales prácticas de realización de reproducciones totales o parciales de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual seguirán amparándose en la excepción de copia privada, sin que, en su caso, la pérdida de esa cobertura vaya a ir acompañada de las referidas medidas de canalización por los titulares de los derechos de propiedad intelectual del control y defensa de sus derechos ante la actividad de los usuarios, ni del correlativo acceso a la compensación por el perjuicio causado por los accesos ilegales, con el consiguiente impacto en su economía*”. Bien, existen en derecho comparado numerosos modelos que comprenden prácticamente todos los supuestos. No hay que olvidar que en España, según prescribe el artículo 1255 del CC rige la libertad de contratación: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”.

legalmente lo que no se puede impedir o controlar en la práctica [...] efectivamente, si el ejercicio de la excepción de copia privada se reservase al «usuario legítimo» como se hace para los programas de ordenador (artículo 100 LPI), y para las bases de datos (arts. 34 y 135 de la LPI), podría aducirse tal argumento, pero no siendo así habrá que entender necesariamente que no se pueden poner restricciones a la copia privada por razón del origen de la copia de base” ¹⁶⁷⁹. Precisamente esta ha sido la línea de pensamiento por la que se ha forjado un límite de copia privada, que tratando de abarcar las copias realizadas de otras copias por razón de su supuesta imposibilidad de control, ha creado una especie de “cuasi-copia privada”, que habita en una zona conceptual gris, en la que tiene como vecina a la copia manifiestamente ilícita o pirata.

El AMLPI 2013 venía a corregir esta situación ya que, no sólo especificaba que sólo se podrían realizar copias privadas de los originales expresamente autorizados por el titular de derecho, sino que iba aún más lejos exigiendo que los originales se hubieren adquirido por el usuario “*en propiedad por compraventa comercial*” ¹⁶⁸⁰ (entendemos que tanto el línea como fuera de línea). Por tanto, fuera de este supuesto (y de las reproducciones temporales por razón de “*time-shifting*”), se devolvía a los titulares de derechos el “*ius prohibendi*” sobre la reproducción de sus obras. Además se explicitaba en el mismo artículo 31, en su punto segundo letra c), (estoy seguro que habrá quien diga que innecesariamente, puesto que este supuesto queda fuera de la compraventa comercial, asemejándose más a una licencia restringida de uso, o incluso al régimen de alquiler en el mundo analógico), que quedaban fuera del límite “*las obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija*”. Es de suponer que el AMLPI 2013 intentaba explicitar la especial protección que se da al mercado de puesta a disposición interactiva de contenido en línea.

Por su parte, el PMLPI 2014 restringe las reproducciones permitidas sin autorización de su titular de derechos desde o “*a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil*”. Lo cual deja

¹⁶⁷⁹ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 16, 2004. Pág. 49.

¹⁶⁸⁰ Artículo 31.2 b) 1º del AMLPI 2013.

fuera las reproducciones realizadas de obras alquiladas o prestadas, que era una de las críticas más directas que realizó el Consejo de Estado a la regulación del Anteproyecto ¹⁶⁸¹. Por su parte, ya hemos visto que la “reproducción temporal de obras radiodifundidas” del AMLPI 2013 se convierte en la “reproducción individual de obras comunicadas legítimamente” en el PMLPI 2104, puesto que hasta ahí se puede extender el significado de la expresión “*mediante la difusión*”. Esta modificación del artículo 31.2 b) 2º convierte entonces una norma con un alcance y un ámbito de actuación muy definido en una norma que adolece de nuevo de latente vaguedad, indefinición y de difícil interpretación. No obstante, el proyectado artículo 31.3 a) de la LPI según queda redactado en el PMLPI 2014 todavía deja fuera del ámbito de actuación del límite las obras que se pongan a disposición de los usuarios de forma interactiva mediante licencia. Concretamente, este artículo deja fuera del límite “*Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i)* ¹⁶⁸², *de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra*”. Por tanto, cabe entender que “*a contrario sensu*” quedan al amparo del límite todos los demás actos de comunicación, sobre todo tras constatar la vaga e indefinida norma contenida en el artículo 31.2 b) 2º como queda tras la reforma practicada por el PMLPI 2013 ¹⁶⁸³. ¿Ha vuelto el prelegislador a las andadas? Mediante la interpretación del texto de este artículo habría que colegir que todo acto de comunicación es susceptible de ser reproducido bajo el amparo del límite, con la excepción de reproducciones realizadas en cines, teatros y similares, puesto que parece que dejar fuera estos tipos de

¹⁶⁸¹ El Dictamen 1064/2013 de Consejo de Estado señalaba que “*Aun siendo aceptable el razonamiento que se ha expuesto, no puede dejar de advertirse que las figuras del préstamo y del alquiler, recogidas en la LPI en los términos indicados, han contado con una regulación europea específica, contenida en la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual y, en su versión codificada, en la Directiva 2006/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006. En particular, esta segunda Directiva establece que “el derecho a obtener una remuneración equitativa a cambio del alquiler por parte de los autores o artistas intérpretes o ejecutantes será irrenunciable” (artículo 5.2) y contiene reglas sobre la remuneración debida en los casos de préstamo, incluido el de carácter público. Algunas de las peculiaridades de este régimen han sido examinadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 30 de junio de 2011, C-271/10, VEWa contra Bélgica). El Anteproyecto elimina la inclusión en el límite de copia privada de, entre otras, las mencionadas posibilidades de acceso legal a las obras y, por consiguiente, también las excluye del régimen de compensación del artículo 25”*.”

¹⁶⁸² El artículo 20.2 i) de la LPI prescribe que es un acto de comunicación pública: “*La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija*”.

¹⁶⁸³ En honor a la claridad hay que decir que este artículo prescribe que un acto de comunicación es legítimo “*Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada*”.

comunicación es el objeto de la fórmula “y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada [entiendo que aquí se quiere decir “autorizado”]”. De nuevo se intentan legislar todos los supuestos, y de nuevo se dibuja un límite de copia privada que sólo podrá ser entendido por especialistas en Derecho de Autor.

6.3.1.3 **Que la obra esté protegida por el Derecho de Autor en el momento de la reproducción.**

Resulta de todo punto lógico el que una obra haya de estar protegida previamente por el Derecho de Autor para que pueda entrar en acción un límite legal a este derecho. Los derechos de explotación englobados en la propiedad intelectual, a diferencia de los derechos de propiedad real, no son potencialmente eternos, ya que una vez expira su término legal de explotación la obra revierte en el dominio público, por lo que puede ser reproducida, distribuida y comunicada al público sin necesidad de autorización por parte de su titular de derechos. Es aquí donde radica la especialidad de los derechos de propiedad intelectual (e industrial): estos derechos tienen un término legal, es decir, un plazo de tiempo determinado por la Ley tras el cual se extinguen. Como hemos visto, pasado este tiempo y a diferencia de la propiedad real, estos derechos revierten en o a la sociedad, con lo que la obra se integra en el acervo cultural de un país (y en ocasiones del mundo). Este es el contrato social subyacente entre los creadores y sus conciudadanos: los primeros hacen avanzar a la sociedad con su genio, y los segundos les otorgan a través de los resortes coercitivos de protección de derechos del Estado un periodo de tiempo en que pueden extraer un rédito económico a su trabajo o a su inversión. En el segundo caso, en el de la inversión, esta tiene un especial valor en comparación con otras industrias por el elevado nivel de riesgo económico que entraña ¹⁶⁸⁴.

Sin meternos en la protección de los derechos morales, algunos de los cuales gozan de una duración perpetua ¹⁶⁸⁵, el artículo 26 de la LPI prescribe que “*Los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento*”

¹⁶⁸⁴ Un amigo mío, cineasta y productor de origen etíope radicado en los EE.UU., ZERESENAY BERHANE, que lleva 7 años trabajando en el proyecto de su ópera prima (premiada por el público en el último Festival de Sundance), defiende, no sin razón, que el negocio del cine es el único que existe en el que el productor puede perder absolutamente toda su inversión.

¹⁶⁸⁵ Como por ejemplo los de reconocimiento de paternidad, y de exigencia de respeto a la integridad de la obra.

¹⁶⁸⁶ . Estos plazos se computarán desde el 1 de enero de año siguiente al de la muerte o declaración de fallecimiento del autor ¹⁶⁸⁷ . Tras este plazo, la obra entra en el dominio público, y como tal puede ser libremente reproducida (a no ser en ciertos tipos de ediciones únicas, y excepto en casos bastante marginales como la edición individualizable de obras protegidas del artículo 18 de la 129.2 de la LPI), por lo que puesto que la reproducción de la obra ya no necesita autorización, el límite de copia privada deja de tener sentido práctico.

En el caso de obras anónimas o publicadas bajo seudónimo, Según el artículo 27.1 de la LPI, el plazo de los derechos de explotación es de 30 años desde la publicación lícita de la obra. Según MARSAL GUILLAMET, “*al desconocer el público la identidad del autor, se tiene que presumir que toda divulgación es lícita*” ¹⁶⁸⁸ . En lo que respecta a las obras en colaboración, según el artículo 28.1 de la LPI, los 70 años se computan a partir del 1 de enero siguiente a la muerte o declaración de fallecimiento del último superviviente entre los coautores ¹⁶⁸⁹ .

Por su parte el artículo 112 de la LPI señala que:

“Los derechos de explotación reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán una duración de cincuenta años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación o ejecución.

No obstante, si, dentro de dicho período, se divulga lícitamente una grabación de la interpretación o ejecución, los mencionados derechos expirarán a los cincuenta años desde la divulgación de dicha grabación, computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha en que ésta se produzca”.

¹⁶⁸⁶ Aunque esto en puridad es cierto en la actualidad y este es el plazo vigente, esto no siempre fue así. El plazo actual es producto de la Trasposición de la Directiva 93/98/CE, que hizo la Ley 22/1987. Para ver los diferentes plazos recomiendo MARSAL GUILLAMET, JOAN, «Duración de los Derechos de autor» (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 201-205.

¹⁶⁸⁷ Artículo 30 de la LPI.

¹⁶⁸⁸ MARSAL GUILLAMET, JOAN, «Duración de los Derechos de autor» (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 203.

¹⁶⁸⁹ Así por ejemplo, en las obras cinematográficas, en las que según el artículo 87 de la LPI se considerarán coautores el director, el autor del guión o argumento, y autor de la música; estas entran en el dominio público a partir del 1 de enero del óbito o del último superviviente entre ellos.

Este plazo de 50 años también se aplica a los productores de fonogramas desde que se haya realizado la grabación (artículo 119 de la LPI); a los productores de la primera fijación de una grabación audiovisual (artículo 125 de la LPI); a las entidades de radiodifusión, “*desde el día 1 de enero del año siguiente al de la realización por vez primera de una emisión o transmisión*” (artículo 127 de la LPI). En cuanto a las meras fotografías, el plazo de explotación expira a los “*veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción*” (artículo 128 de la LPI).

Hay que señalar en cuanto a las obras cuya reproducción se autoriza a través de licencias “*creative commons*”, que puesto que se hallan legalmente sometidas al Derecho de Autor, la duración del derecho es por tanto legalmente la misma que para el resto de las obras. Otra cosa es que los autores acudan a un instrumento contractual para autorizar la reproducción “*a motu proprio*”, pero legalmente estas obras entran legalmente en el dominio público de manera idéntica que las demás (es decir, 70 años desde la muerte o declaración de fallecimiento del autor, etc.).

Se ha criticado, quizá no sin razón en el fondo, que la era digital que estos plazos probablemente sean demasiado largos. Lo que defiende este trabajo es que aquí (y no en el ámbito del derecho de propiedad) donde el Estado debería intervenir, ejerciendo la potestad que le atribuye el artículo 44 de la CE de “*promover y tutelar el acceso a la cultura*”. La tecnología digital ha permitido la recuperación de una multitud de obras (especialmente en el ámbito audiovisual) que se creían perdidas. El Estado debería desarrollar legislación apropiada, y crear los medios materiales necesarios para desarrollar bibliotecas virtuales en línea, las cuales recopilarían una vez que pasará un plazo de explotación suficiente (digamos diez años), los archivos digitales de obras que se creían perdidas, o a las que resultaba imposible acceder por medio del mercado (que se rige por leyes de oferta y demanda), y que hay que reconocer se han recuperado en parte gracias al intercambio de archivos a través de redes P2P, que han permitido la publicación de copias privadas en poder de los usuarios (algunas rarísimas o incluso únicas). Estas obras, se podrían a disposición de los usuarios a través de bibliotecas virtuales públicas, y por supuesto el Estado retribuiría a los titulares de derechos por el acceso que se permitiera a estas obras, lo cual se podría hacer de manera más que eficiente a través de las medidas tecnológicas de gestión. Esta es la manera, a mi modo de ver, en la que Estado ciertamente cumpliría de su función de acceso a la cultura, llegando hasta

donde no llega el mercado, y no interviniendo en este como lo había estado haciendo de una manera distorsionante a través de un “límite ilimitado” de copia privada.

6.3.1.4 **Que la obra no sea un programa de ordenador ni una base de datos electrónica.**

La regulación española recogida en la LPI sobre la exclusión del límite de copia privada respecto a las bases de datos de datos electrónicas y a los programas de ordenador es una transposición de la DDASI, además de los artículos 5.2 de la Directiva 91/250/CEE, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, y el artículo 6.2. a) de la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos. Así, el artículo 31.2 de LPI, en su parte final señala que “...*Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador*”. Esta exclusión se mantenía en el la redacción de la norma que proponía el AMLPI 2013, que añadía un nuevo punto 3 al artículo 31. Este punto estaba dedicado a la exclusión de ciertas obras del ámbito operativo del límite de copia privada, y sus apartados b) y c) excluían respectiva y expresamente del límite la facultad de realizar copias privadas de “*las bases de datos electrónicas*”, y “*los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99*”. Por tanto, este elemento no variaría con la reforma prevista por el Gobierno. La redacción de este artículo sobrevive íntegramente en el PMLPI 2014.

La LPI recoge un concepto amplio de lo que sea una base de datos, que se define en su artículo 12.2: “*A efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma*”. ESTEVE encuentra tales elementos diferenciados en esta definición ¹⁶⁹⁰, clasificación que vamos a utilizar matizándola ligeramente, y elaborando sobre ella:

- (a) Una base de datos es una colección bien de obras, de datos, o elementos independientes entre sí, aunque guarden relación temática. Por tanto, los datos en su conjunto constituyan la base de datos son conceptualmente separables, y podrán ser objeto del protección del

¹⁶⁹⁰ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN (2009). «Las bases de datos», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 524-25.

Derecho de Autor de manera independiente (una obra literaria en el contexto de una recopilación de obras literarias de un mismo autor), o quedarán fuera del ámbito de protección del Derecho de Autor (la dirección y número de teléfono correspondiente a una persona física recopilada en una guía telefónica). Esto significa que cuando distintas obras constituyan un todo que no resulte conceptualmente separable (por ejemplo: la música, el guion, etc., en una película), no podemos hablar en puridad de una base de datos ¹⁶⁹¹ .

(b) Las obras, datos o elementos que pueden componer la base de datos han de estar dispuestos de manera sistemática y metódica. Así, ha de existir siempre una lógica interna más o menos original en toda base de datos, puesto que las bases de datos están indefectiblemente orientadas a facilitar una consulta por parte del usuario. De la medida de originalidad de que goce la base de datos dependerá de que esta se halle sujeta a una doble protección por parte de la LPI, o a una protección “*sencilla*”. Si las bases de datos gozan de suficiente originalidad serán consideradas obras originales que entrarían en el ámbito de protección del Derecho de Autor de acuerdo al artículo 10 de la LPI. No obstante, el ordenamiento jurídico, reconociendo el valor y la utilidad social de las bases de datos que carezcan de tal originalidad (como por ejemplo una guía telefónica en la que su sistemática sea alfabética, como por ejemplo las PÁGINAS BLANCAS ¹⁶⁹²) reconoce adicionalmente un derecho “*sui generis*” sobre las bases de datos que “*protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido*” ¹⁶⁹³ . Por tanto el titular de derechos “*sui generis*” sobre una base de datos es su recopilador/fabricante.

¹⁶⁹¹ Ídem. Pág. 524.

¹⁶⁹² El derecho norteamericano se ha ocupado de este tema en la relevantísima sentencia de su Tribunal Supremo *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), que negó la protección del copyright a las bases de datos que no resultaran suficientemente originales (en este caso una guía telefónica en orden alfabético). Para algunos autores la concesión de un derecho “*sui generis*” sobre las bases de datos en Europa obedece específicamente a la intención de dotar de protección jurídica a las bases de datos que la tendrían de acuerdo al razonamiento de FEIST Ver. PATRY, WILLIAM, *How to Fix Copyright*, Oxford University Press. Nueva York, (2012). Pág. 71 y ss. En España, ver STS de 17 de octubre de 1997; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de diciembre de 1998; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de q de julio de 1991.

¹⁶⁹³ Artículo 133.1 de la LPI.

(c) El objeto de una base de datos es el acceso individualizado a cada uno de los datos que contiene y este acceso se puede realizar por medios electrónicos o de otra forma. Así, lo que busca normalmente el usuario de una base de datos es el acceso a un dato determinado, y consecuentemente acude a la base de datos en busca de ese dato porque esta provee tal dato en un determinado contexto conceptual en que dicha información resulta relevante. Esta característica o elemento deja fuera de la concepción de lo que sea una base de datos a las obras en las que lo importante para el usuario es (en un uso normal de la obra) utilizar la obra en su totalidad y no una parte individualizada de la misma, como puede ser en un comic o una película ¹⁶⁹⁴. La Ley reconoce que a las bases de datos se puede acceder de manera electrónica (por ejemplo: una base de datos electrónica de jurisprudencia, como ARANZADI o LEXIS-NEXIS; un diccionario en línea, como el DICCIONARIO DE LA RAE; un glosario de terminología empleada en una rama del saber o profesional determinada; como el DICCIONARIO DE TÉRMINOS MÉDICOS DE LA REAL ACADEMIA DE MEDICINA; o una base de datos de una determinada actividad artística en línea, por ejemplo IMBD ¹⁶⁹⁵), o bien de otra forma que conlleve un acceso no electrónico (una guía telefónica, por ejemplo PÁGINAS AMARILLAS; una antología literaria cuando “*por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales*” ¹⁶⁹⁶, por ejemplo la antología poética escogida “*Por las calles del tiempo*”, de LUIS ALBERTO DE CUENCA ¹⁶⁹⁷ (ya que la selección de poemas corresponde al propio autor y tal selección tiene la consideración jurídica de creación intelectual independiente).

¹⁶⁹⁴ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN (2009). «Las bases de datos», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 525.

¹⁶⁹⁵ En principio, las webs de enlaces parasitarias del Derecho de Autor, como por ejemplo SERIESYONKIS.COM, son paradójicamente objeto de protección de este mismo Derecho de Autor, puesto que son bases de datos electrónicas protegibles bajo el artículo 10 de la LPI.

¹⁶⁹⁶ Artículo 12.1 de la LPI.

¹⁶⁹⁷ Sin embargo, con respecto a los discos recopilatorios de canciones, hay que apuntar que el Considerando nº 19 de la Directiva 96/9/CE de 11 marzo de 1996, Sobre la Protección Jurídica de las Bases de Datos señala que “*normalmente la compilación de varias fijaciones de ejecuciones musicales en un CD no forma parte del ámbito de aplicación de la directiva tanto porque, como compilación, no reúne las condiciones para su protección por el Derecho de Autor, como porque no representa una inversión suficientemente sustancial para acogerse al derecho sui generis*”. Esto sería en lo tocante a la protección de las bases de datos “*sui generis*”; pero es que según ESTEVE, a este motivo habría que añadirle que normalmente estas recopilaciones tampoco reúnen la originalidad suficiente como para ser objeto de protección del Derecho de Autor. ESTEVE. Op. Cit. Pág. 526.

El titular de una base de datos (y aquí entran en juego las normas de la LPI sobre cesión de derechos, obras colectivas, “*work for hire*”¹⁶⁹⁸, etc.) goza del derecho de reproducción (así como del resto de los derechos de explotación reconocidos por la LPI en sus artículos 17, 19, y 20) sobre su base de datos en los mismos términos que este derecho se reconoce para cualquier otro tipo de obra, de acuerdo con el artículo 18 de la LPI. Las bases de datos no electrónicas, y las bases de datos electrónicas fuera de línea se comercializan mediante compraventa y licencias de uso, o mediante una combinación de ambas¹⁶⁹⁹, mientras que las bases de datos electrónicas en línea se comercializan exclusivamente mediante licencias de uso¹⁷⁰⁰. La Ley reconoce el estatus legal ordinario de licenciatario a aquel del que goza el usuario de una base de datos, asignándole la denominación jurídica de “*usuario legítimo*”. El artículo 34.1 de la LPI señala que este “*usuario legítimo*” se encuentra capacitado para realizar todos los usos o actos protegidos por un derecho de explotación exclusivo (por ejemplo, la reproducción), cuando estos usos o actos resulten necesarios para realizar una utilización “normal” de una base de datos¹⁷⁰¹, aunque esta autorización legal resulte en muchos casos redundante, puesto que la misma licencia de uso prevé la realización de actos de reproducción “normales” (por ejemplo, la reproducción de un artículo de doctrina jurídica en LEXIS-NEXIS). Esto es porque de no permitir estos actos ¿Cuál sería la motivación del usuario para utilizar una base de datos? Además, puesto que la protección jurídica de las bases de datos opera sobre esta globalmente considerada, pero no se extiende a los datos que contiene, entendemos que tales datos pueden ser reproducidos libremente por el usuario cuando sean datos no protegidos por el Derecho de Autor de manera individualizada (como por ejemplo un nombre, dirección, y número de teléfono) porque si estuvieran de manera individualizada sujetos al Derecho de Autor (por ejemplo, el poema “*Bébetela*” incluido en la

¹⁶⁹⁸ Artículo 51 de la LPI.

¹⁶⁹⁹ Por ejemplo, en el caso de las bases de datos comercializadas fuera de línea mediante la venta al usuario de un “*Data CD*” que contenga la base de datos, el soporte tangible se comercializa mediante un contrato de compraventa, pero la base de datos contenida en él se comercializa mediante una licencia de uso que el titular de derechos sobre la base de datos concede al usuario. El acto de aceptación de los términos de la licencia por parte del usuario se formaliza mediante el acto físico dotado de significación jurídica consistente en abrir el envoltorio del CD (romper el plástico protector del CD, por lo que estas licencias se han venido a conocer como “*Shrink-wrap licenses*”); aunque normalmente el usuario también acepta los términos de uso al utilizar por primera vez el CD en su ordenador.

¹⁷⁰⁰ La aceptación de la licencia y sus condiciones de uso por parte del usuario se formalizan cuando el este hace “click” en el botón virtual que aparezca en pantalla destinado a tal efecto. Son las llamadas “*Clickwrap licenses*”.

¹⁷⁰¹ Artículo 34.1 de la LPI. “*El usuario legítimo de una base de datos protegida en virtud del artículo 12 de esta Ley o de copias de la misma, podrá efectuar, sin la autorización del autor de la base, todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cualquier derecho exclusivo de ese autor. En la medida en que el usuario legítimo esté autorizado a utilizar sólo una parte de la base de datos, esta disposición será aplicable únicamente a dicha parte*”.

antología poética de LUIS ALBERTO DE CUENCA anteriormente reseñada), obviamente se necesitaría la autorización del este para su reproducción por parte del usuario (a no ser que el autor hubiera licenciado al titular de derechos de propiedad sobre la base de datos la posibilidad de autorizar la reproducción individualizada de los mismos, en cuyo caso estaríamos hablando de una licencia no exclusiva, o de una autorización indirecta por parte del autor).

Aunque, como sabemos, las bases de datos electrónicas se exceptúan del ámbito de aplicación del límite de copia privada por el propio artículo 31.2., el artículo 34.2 a) de la LPI, no obstante, permite que los usuarios realicen copias privadas de las bases de datos no electrónicas protegidas mediante el Derecho de Autor tradicional (porque en su selección goce de la condición jurídica de “original”):

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31, no se necesitará la autorización del autor de una base de datos protegida en virtud del artículo 12 de esta Ley y que haya sido divulgada:

a) Cuando tratándose de una base de datos no electrónica se realice una reproducción con fines privados”.

En cuanto a la reproducción de las bases de datos no electrónicas protegidas por el derecho “*sui generis*”, el artículo 135.1 a) permite asimismo la realización de copias para uso privado por parte de los usuarios:

“El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de una extracción para fines privados del contenido de una base de datos no electrónica”.

Por tanto, las bases de datos electrónicas se exceptúan del límite de copia privada doblemente: de manera expresa por el artículo 31.2 de la LPI, y a “*sensu contrario*” por parte de los artículos arriba mencionados. Entonces claramente el que se permita la reproducción para uso privado en ambos supuestos responde a la imposibilidad de control por parte de los titulares de derechos sobre los actos de reproducción de las bases de datos no electrónicas, además de que tal reproducción puede formar parte del uso “normal” de una base de datos, mientras que las bases de datos electrónicas pueden estar protegidas por medidas tecnológicas de seguridad, con lo que el control de la reproducciones no autorizadas por parte de los titulares de derechos resulta en este caso factible.

En cuanto a los programas de ordenador, se definen por el artículo 96.1 de la LPI como “*toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación*” y según el mismo artículo, a efectos de la protección dispensada por la LPI “*la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador*”. El artículo 97 de la LPI prescribe que pueden ser considerados titulares de un derecho de propiedad intelectual sobre un programa de ordenador tanto una persona física como una persona jurídica (y se contempla asimismo en el punto cuatro de este artículo la atribución legal de titularidad a una persona jurídica sobre un programa de ordenador en situaciones de “*work for hire*”¹⁷⁰²)¹⁷⁰³.

¹⁷⁰² Ver STS de 21 de junio de 2007.

¹⁷⁰³ Artículo 97 de la LPI: “1. Será considerado autor del programa de ordenador la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley.

2. Cuando se trate de una obra colectiva tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre.

3. Los derechos de autor sobre un programa de ordenador que sea resultado unitario de la colaboración entre varios autores serán propiedad común y corresponderán a todos éstos en la proporción que determinen.

4. Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario.

5. La protección se concederá a todas las personas naturales y jurídicas que cumplan los requisitos establecidos en esta Ley para la protección de los derechos de autor”.

La regulación jurídica de la LPI en lo relativo a los programas de ordenador procede de la transposición de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador. Dicha transposición al ordenamiento jurídico español se realizó mediante la Ley 16/1993 de 23 de diciembre. La protección de los programas de ordenador abarca la expresión resultante de dicho programa, aunque según el artículo 96.4 de la LPI “*no estarán protegidos mediante los derechos de autor con arreglo a la presente Ley las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces*”. El artículo 96.3 de la LPI señala en este sentido que “*La protección prevista en la presente Ley se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador. Asimismo, esta protección se extiende a cualesquiera versiones sucesivas del programa así como a los programas derivados*”. Por tanto, la protección que brinda el Derecho de Autor a los programas de ordenador se basa en la expresión resultante de su aplicación (su “*look and feel*”), además de su “*código fuente*” o su “*código objeto*”^{1704 1705}.

Por otra parte, el artículo 99 a) de la LPI señala que los titulares de derechos de autor sobre un programa de ordenador podrán autorizar o prohibir “*La reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho*”^{1706 1707}. Este artículo prescribe que será necesario

¹⁷⁰⁴ El código fuente es la secuencia de instrucciones de un programa de ordenador perceptible por el ser humano; el código objeto es la misma secuencia de instrucciones, pero en esta caso no perceptible por el ser humano, aunque sí por la máquina. Ver PLAZA PENADÉS, JAVIER (2009). «Los programas de ordenador», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 511.

¹⁷⁰⁵ La protección de los programas de ordenador por el Derecho de Autor (o por el copyright, en su caso) ha suscitado críticas por parte de la doctrina. Muchos consideran que el instrumento más adecuado para la protección de los programas de ordenador son las patentes de software. Ver <http://www.techtransfer.harvard.edu/inventions/ip/software/compare/>. (Consultado por última vez el 13 de mayo de 2013).

¹⁷⁰⁶ El software libre, inspiración para las licencias “*creative commons*”, supone como aquellas en realidad una afirmación del Derecho de Autor, y no una excepción al mismo, ya que el autor del programa de ordenador, haciendo uso de las facultades que le concede la LPI en cuanto a autorizar los derechos de explotación sobre el mismo, decide autorizar la libre reproducción de su código fuente. En este sentido, ver PLAZA PENADÉS, JAVIER (2009). «Los programas de ordenador», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 512.

¹⁷⁰⁷ La mención del artículo a las copias transitorias, se refiere no a las reproducciones provisionales técnicas (que serían lícitas según el artículo 31.1 de la LPI), sino a las copias que permitan al usuario la utilización de un programa

que se otorgue una licencia de uso al usuario de un programa de ordenador (incluso cuando este usuario adquiriera el programa en un soporte tangible y mediante compraventa comercial, el usuario deberá además adherirse a las condiciones de uso del programa). SÁNCHEZ ARISTI nos recuerda que *“el usuario final lo que recibe, ya sea vía adquisición de un ejemplar fuera de línea o mediante acceso en línea, es una licencia de uso o acceso “ad hoc”. Eso le convierte en usuario legítimo con capacidad para llevar a cabo las actividades que la licencia mencione, incluidas las que puedan afectar a derechos de explotación, en tanto éstas sean actividades necesarias para usar/disfrutar la obra en los términos licenciados [...] La premisa es que, aunque sea con carácter técnico, esas actividades de uso vienen a envolver inevitablemente actos que caen bajo la exclusiva de los titulares, en particular actos de reproducción”*¹⁷⁰⁸.

El artículo 99 a) remite al artículo 100.2 de la LPI para matizar lo anteriormente señalado, cosa que este hace con relación al tema que nos ocupa en su sección segunda, en que permite la realización de una copia de seguridad no autorizada al usuario final del programa de ordenador. Así, el artículo 100.2 de la LPI permite sin la autorización del titular de derechos *“la realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa no podrá impedirse por contrato en cuanto resulte necesaria para dicha utilización”*. Otros límites importantes recogidos en el artículo 100 de la LPI conciernen a las reproducciones realizadas por el usuario incidentales a una utilización “normal” de un programa de ordenador¹⁷⁰⁹; y las reproducciones con el fin de estudiar el funcionamiento del programa (*“reverse engineering”*)¹⁷¹⁰. O, como apunta RAMIREZ *“Precisamente, en el caso del software, la posibilidad de hacer copias de seguridad o la posibilidad de modificar o reproducir la obra cuando dichos actos sean*

de ordenador por un tiempo determinado, borrándose posteriormente (o haciéndose inutilizable) por mor de las medidas tecnológicas de gestión).

¹⁷⁰⁸ SÁNCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 17.

¹⁷⁰⁹ Artículo 100.1 de la LPI: *“No necesitarán autorización del titular, salvo disposición contractual en contrario, la reproducción o transformación de un programa de ordenador incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta”*.

¹⁷¹⁰ Artículo 100.3 de la LPI. *“El usuario legítimo de la copia de un programa estará facultado para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que tiene derecho a hacer”*.

necesarios para la utilización de programa conforme a la finalidad propuesta, se concede exclusivamente al usuario legítimo” ¹⁷¹¹ .

Esta copia de seguridad viene a sustituir a la copia privada, ya que el propio artículo 31.2 de la LPI excluye expresamente a los programas de ordenador del límite de copia privada, remitiéndose al artículo 99 a) de la LPI; es decir, señalando que el límite al derecho de reproducción sobre un programa de ordenador es el de la realización, no autorizada expresamente por el titular de derechos, por parte del usuario de un programa de ordenador, de una única copia de seguridad, y no el de la realización de copias privadas. Tanto el AMLPI 2013 como el PMLPI 2014 excluyen también a los programas de ordenador del límite de copia privada, remitiéndose asimismo al artículo 99 a) de la LPI, en su nueva sección 3 del artículo 31; concretamente en su letra c). Como señala GÓNZALEZ DE ALAIZA la finalidad de la copia de seguridad es “*garantizar el uso de la obra cuando la copia original falla y ningún otro (p. ej. utilización del programa en dos ordenadores)*” ¹⁷¹² .

Si a lo anteriormente reseñado añadimos la protección adicional frente a la elusión de medidas de seguridad que se recoge en el artículo 102 de la LPI, observamos que indudablemente la protección legal de los programas de ordenador frente a los actos de reproducción no autorizada resulta en el derecho vigente mucho mayor que la que la LPI dispensa a otro tipo de obras de creación.

Evidentemente nos hemos de preguntar sobre las razones por las cuales se ha dejado a las bases de datos electrónicas y a los programas de ordenador fuera del régimen del límite de copia privada. LOPEZ MAZA nos responde que las razones primigenias que motivaron esta exclusión no fueron otras que “*la facilidad con que dichas obras pueden transmitirse y copiarse (el pirateo de programas de ordenador es una práctica muy extendida), y por otro, la enorme inversión de recursos humanos que supone el desarrollo de estos tipos de obras*” ¹⁷¹³ . Prosigue este autor reproduciendo la Exposición de Motivos de la Directiva 91/250/CEE en el siguiente tenor: “*Considerando que el desarrollo de los programas de ordenador exige una considerable inversión*

¹⁷¹¹ MALMIERCA, MARTA; MARTIN-PRAT, MARÍA; RAMIREZ, JAVIER; XALABARDER RAQUEL *Mesa redonda La copia privada digital*. IDP, Revista de Internet Derecho y Política, nº 1, pp. 33-35., 2005. Pág. 48.

¹⁷¹² GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 55.

¹⁷¹³ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág 232.

de recursos humanos, técnicos y financieros, y que dichos programas pueden copiarse con un coste mínimo en relación con el preciso para crearlos de forma independiente". CARBAJO GASCÓN señala acertadamente que la razón principal para que no exista un límite de copia privada ni para los programas de ordenador, ni para las bases de datos electrónicas no es otra que *"potenciar al máximo la industria del tratamiento de la información en sectores claves para el desarrollo de la sociedad de la información"* ¹⁷¹⁴. Estando de acuerdo con él, cabe preguntarse por la "ratio legis" existente en la disparidad de la potenciación de unas industrias en detrimento de otras, como por ejemplo la de contenidos, cuando por lo menos a mí, me resulta difícil diferenciar la disparidad en el potencial y actual daño causado por el límite en cada una de las industrias mencionadas.

Las obras de creación (tanto literarias, musicales, audiovisuales, etc.) al igual que las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador, exigen un gran (incluso mayor) esfuerzo económico para su desarrollo. Y, bajo mi punto de vista ¹⁷¹⁵, si este argumento valía entonces para aquellas sirve también ahora para estas. En palabras de CORREDOIRA *"Todos podríamos razonar que esto [la exclusión de los programas de ordenador del ámbito de actuación del límite] resulta razonable dado el volumen de piratería que hay en programas informáticos. Pues sí, es cierto. Pero ¿No es menos cierto que también hay mucha piratería en el mercado de la música, y, por supuesto, en el del libro?"* ¹⁷¹⁶. Hemos demostrado más que suficientemente en este trabajo el enorme daño que la piratería ha hecho a la industria de contenidos culturales, por lo que es difícil de explicar por qué las obras de creación emanadas de esta industria merecen menor protección legal que las emanadas de la industria del "software". Hay que recordar que la industria de contenidos representa en España un 4% del PIB, mientras que la industria del "software" en España es hoy por hoy casi anecdótica ¹⁷¹⁷.

6.3.1.5 Que la obra esté ya divulgada en el momento que se realice el acto de reproducción.

¹⁷¹⁴ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 46.

¹⁷¹⁵ En este sentido, ver LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág 231-32;

¹⁷¹⁶ CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO, *Paradojas de Internet*, Pujol & Amado. Barcelona. 2001. Pág. 10

¹⁷¹⁷ España aparecía en los últimos puestos del mundo desarrollado en cuanto a personas dedicadas al desarrollo de I+D de software en el año 2010, con un exiguo número de desarrolladores de programas de ordenador que ascendía aproximadamente a 200 personas. GURU HUNKY, *Ranking de la industria del software en Europa. España no sale ni en el mapa*. La Vanguardia. 23 de noviembre de 2010. Disponible en <http://www.gurusblog.com/archives/ranking-industria-software-europa/23/11/2010/>. (Consultado por última vez el 13 de mayo de 2013).

El lector recordará que ya hemos introducido anteriormente este tema al hablar de las raíces constitucionales del Derecho de Autor, y que decíamos allí que la facultad del autor de divulgar (o no divulgar) la obra es el único elemento del límite de copia privada que podría emanar directamente del artículo 20.1 b) de la CE, en lugar de su artículo 33. Allí señalábamos además su escasa importancia real, puesto que la inmensa mayoría tanto de las obras de las que se realizan copias privadas legítimas (bajo una concepción del límite “restringida”, fuera de la concepción de la Circular 1/1006 de la Fiscalía General del Estado), así como de las que se “piratean” son obras ya divulgadas. Los acontecimientos recientes nos han demostrado que tanto nuestro ordenamiento jurídico como nuestros Tribunales, como nuestras Fuerzas de Seguridad del Estado han sabido responder con prontitud cuando se ha puesto a disposición de los usuarios de manera no autorizada una obra no divulgada ¹⁷¹⁸. Fuera de estos casos excepcionales, el problema con la interpretación “expansiva” del límite de copia privada se manifiesta fundamentalmente con posterioridad a la divulgación de la obra.

También hablábamos de este elemento del límite al estudiar el segundo factor del “*fair use*” ¹⁷¹⁹, y significábamos allí que uno de los requisitos o elementos legales del límite de copia privada que no se encuentran incluidos en definición proporcionada por la DDASI, y por tanto no significaron una transposición directa de esta a la LPI, es el de que la obra se encuentre divulgada en el momento que se realice el acto de reproducción por parte del usuario. Para LOPEZ MAZA, la “*ratio legis*” subyacente es que de no exigirse este elemento; es decir, de permitirse la copia privada de obras no divulgadas, se “*vulneraría el derecho de inédito y divulgación que corresponde al autor*” ¹⁷²⁰. El derecho del que habla este autor es el recogido en el artículo 14 1º) de la LPI, y se trata (como hemos visto) de un derecho moral y no de explotación.

¹⁷¹⁸ En Noviembre de 2013, la Guardia Civil puso en funcionamiento la Operación “Agila”, la primera de sus características, motivada por la filtración y puesta a disposición no autorizada de los usuarios, previa publicación o divulgación del nuevo álbum del excelente grupo de rock extremeño EXTREMODOURO. Ver. KOCH, TOMASSO, *El detenido por filtrar lo nuevo de Extremoduro lo vendía ‘online’*, Diario El País, 21 de noviembre de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/11/20/actualidad/1384974767_643640.html, (Consultado por última vez el 23 de enero de 2013).

¹⁷¹⁹ V. supra. Pág. 478 y ss.

¹⁷²⁰ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 189.

Para GARROTE la razón subyacente es una de orden práctico, y no es otra que “evitar los *ulteriores actos de explotación que pudieran producirse a partir de una copia privada de una obra no divulgada*”¹⁷²¹; es decir, para evitar que se legalice mediante la aplicación del límite como fuente de una copia privada explotaciones ilícitas. Personalmente, tal argumento no me acaba de convencer, puesto que el artículo 31.2 de la LPI exige expresamente que “*la copia obtenida [bajo el amparo del límite] no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa*”, y en la contradictoria historia de la interpretación jurisprudencial del texto legal, así como en la realidad social en lo concerniente a los actos de reproducción no autorizada, que resultan prácticamente de libre realización en España en el ámbito de la Red, el que la obra haya sido o no divulgada con anterioridad a la realización de tales actos no parece resultar en la práctica excesivamente relevante. Por lo tanto, a mi juicio, la exigencia de que la obra haya sido divulgada obedece a la coherencia del límite con el respeto a los derechos morales del artículo 14 1º) de la LPI. Por otra parte, esta coherencia tampoco es completa, puesto que el artículo 14 6º) de la LPI señala que entre los derechos morales “*irrenunciables e inalienables*” del autor también está el de “*retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación*”. Si bien existe una imposibilidad para el autor en este supuesto de recuperar las obras que ya hubieran sido distribuidas o comunicadas al público, la protección de los derechos morales, ¿no exigiría que se eliminara la facultad de realizar copias privadas al amparo del límite también en este supuesto?¹⁷²² Este es otro ejemplo de cuán elástica es, y de cuantas contraindicaciones adolece la redacción actual del límite de copia privada.

En cuanto a lo que sea divulgación, según recoge la propia LPI en su artículo 4, “*A efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma; y por publicación, la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma*”. Señala GARROTE que precisamente el único problema relevante en lo concerniente a este elemento es determinar lo que

¹⁷²¹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 78.

¹⁷²² Asumo que la LPI entiende la divulgación como “legítima”; es decir, con el consentimiento previo del autor.

sea “público”¹⁷²³. Para GÓNZALEZ DE ALAIZA existen dos posibilidades: (a) que hablemos del momento en que la obra sea mostrada al público por primera vez (b) o del momento en que la obra salga de la esfera personal de quien la ha creado¹⁷²⁴. A efectos de este trabajo, esta diferencia pienso que tampoco resulta excesivamente relevante.

Si resulta en cambio relevante, y mucho, el problema que nos presenta GARROTE, relativo a que si la obra divulgada lo ha de haber sido con el consentimiento del autor. Llega este autor a la conclusión de que “*de no ser así, habría una infracción del derecho moral por parte de la persona que divulgó ilícitamente, infracción que no puede hacerse extensible al copista a menos que conozca o deba conocer la ilicitud de dicha divulgación*”¹⁷²⁵. En otras palabras, una vez que una obra no divulgada se encuentre en la Red, por mor del límite de copia privada, en la práctica el autor solo podría actuar contra quien hubiera colgado esa obra por primera vez (si lo supiera), y no contra los siguientes usuarios que la compartieran, a no ser que conocieran o debieran conocer que la divulgación no hubiere sido autorizada por el autor, conocimiento que existe en la práctica casi siempre, aunque esto último resulte difícil de probar¹⁷²⁶. Se ha demostrado una y otra vez que resulta tarea titánica el demostrar ante un tribunal que el usuario/copista ilegítimo hubiere conocido las características legales de una determinada copia de una obra, tales como que esta se halle sujeta al Derecho de Autor; no digamos entonces demostrar que este usuario ilegítimo hipotético hubiera conocido que la obra hubiera sido divulgada sin el consentimiento de su autor. Por lo tanto, el límite de copia privada provoca que una vez que la obra esté “ahí fuera” los derechos morales resulten imposibles de proteger adecuadamente en la práctica.

GONZÁLEZ DE ALAIZA nos explica que durante la elaboración de la Ley 23/2006, que como sabemos operó la última de las reformas sobre la LPI, se presentaron varias enmiendas con el objeto de que la realización de copias privadas sólo estuviese permitida “*en el mercado y medio*

¹⁷²³ Ídem.

¹⁷²⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág 160.

¹⁷²⁵ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 79.

¹⁷²⁶ Pongamos que en la divulgación no autorizada del nuevo álbum de la banda EXTREMODOURO explicada en la nota 1718, esta obra se pusiera a disposición de los usuarios mediante una Red P2P. ¿Alguien se cree que la inmensa mayoría de los usuarios que buscaran y descargaran dicho álbum de la Red no serían conscientes de que dicho álbum habría sido divulgado de manera no autorizada?

que se realice la copia”¹⁷²⁷. Este autor explica que “*se quería dotar a los autores con el poder de decidir el momento en que la obra iba a ser explotada en sus distintas modalidades (p. ej. proyección de una película en salas de cine, televisión, venta de DVDs, libros en formato digital o papel)*”¹⁷²⁸; es decir, se intentaba proteger la facultad del titular del derecho de explotar su obra sucesivamente en las tradicionales “ventanas”, sin que las copias digitales, ya fueran legítimas, o ilegítimas pero no perseguibles en la práctica, menoscabaran el retorno de su inversión. Contrariamente a lo que opina GONZÁLEZ DE ALAIZA, el sentido de tales enmiendas parece acertado, al menos para proteger los momentos críticos para el retorno de la inversión, que son los inmediatamente posteriores a su divulgación, siendo en las obras de creación la cuantía del retorno económico inversamente proporcional al tiempo transcurrido desde su divulgación, publicación, o estreno. Desgraciadamente dichas enmiendas no prosperaron, y según apuntan tanto GARROTE¹⁷²⁹, como GONZÁLEZ DE ALAIZA¹⁷³⁰, ausente otra regulación, y con la LPI en la mano, parece que es posible realizar copias privadas incluso de una copia ilegítima que un usuario hubiere realizado a escondidas durante una exhibición cinematográfica. Por tanto, parece claro que durante el proceso de elaboración de la Ley 23/2006, cualquier matiz de la norma protector de los titulares de derechos de autor fue descartado sin piedad, lo cual resulta congruente con la tesis general de este trabajo.

En la reforma que hacía el AMLPI 2013 de la LPI con respecto al límite de copia privada, se mantenía la exigencia de que la obra hubiera sido previamente divulgada, para que el al amparo del límite se hubiera permitido su reproducción no autorizada. De hecho, este elemento se mencionaba dos veces en el texto del nuevo artículo 31.2: en la parte general de encabezamiento del artículo 31.2, que señala que “*Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: ...*”; y en la letra b) de dicho artículo 31.2, que se lee de la siguiente manera: “*...que*

¹⁷²⁷ Enmiendas al articulado 67, 90, y 107 (BOCG Congreso de los Diputados, serie A, núm. 44-10 de 30 de noviembre de 2005). Ref. en GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 159.

¹⁷²⁸ Ídem.

¹⁷²⁹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 78.

¹⁷³⁰ DE ALAIZA CARDONA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 176-77.

la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente. A estos efectos, se entenderá que ha accedido legalmente a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos...”. Se podría argumentar que la primera mención a la necesidad de que la obra hubiera sido divulgada con anterioridad a que sea posible realizar una copia privada bajo las condiciones del nuevo artículo 31, obedecía a la misma razón que su mención en el aún vigente artículo 31.2 de la LPI: establecer un requisito previo para la realización de toda copia privada. Por su parte, la segunda mención podría estar pensada para delinear más precisamente el concepto de “*acceso legal*” a la obra (la clave de la reforma). No obstante (hasta que el propio legislador aclare el porqué de esta doble inclusión del elemento en el texto legal), la reiteración del requisito de divulgación previa de la obra por parte del AMLPI 2013 resultaba inútil y redundante; máxime cuando el AMLPI 2013 restringía el ámbito de aplicación del límite de copia privada a unos pocos supuestos (compraventa comercial, emisión radiodifundida), que implicaban necesariamente una divulgación previa de la obra autorizada por el autor. El PMLPI 2014 mantiene la doble mención en el artículo a la exigencia de que la obra ya se hubiere divulgado pero al cambiarse la exigencia de la “radiodifusión” por la de “comunicación autorizada” en el proyectado artículo 31.2 b) 2º de la LPI este requisito vuelve a tener sentido, puesto que sí que existe la posibilidad de que se comuniquen de manera no autorizada obras no divulgadas.

6.3.1.6 **Se admiten las reproducciones fijadas en cualquier soporte**¹⁷³¹.

Hemos analizado profusamente en este trabajo el requisito inherente de la fijación que es base del derecho de reproducción; por lo que nos remitiremos a su Capítulo I, Punto 3.2.3, donde se puede encontrar un análisis detallado del fundamental concepto de fijación.

Sin embargo, y en cuanto a la expresión “*en cualquier soporte*” que aparece en el vigente artículo 31.2 de la LPI, hay que reseñar que a diferencia que lo que señalábamos respecto a la exigencia de divulgación previa de la obra, este elemento del límite sí que existe en la DDASI. No obstante, y según nos advierte CASAS VALLÉS, la Directiva diferencia en su articulado entre el límite de copia privada sobre reproducciones en papel y similares, que se regulan en su artículo 5.2 a), y el

¹⁷³¹ Sobre este elemento ver también el punto dedicado a la fijación. Pág. 426, y el dedicado al acto de reproducción del 687.

límite de copia privada para soportes sonoros o visuales, que se regula su artículo 5.2 b). Apuntan acertadamente autores como LOPEZ RICHART que una lectura combinada del artículo 5.2 b) de la DDASI, y de su Considerando 38¹⁷³², “*podría llevar a un Estado admitir la copia privada analógica y prohibir la digital*”¹⁷³³, situación que me parece altamente recomendable para España.

Para GONZÁLEZ, la adición de la fórmula “*en cualquier soporte*” al artículo 31.2 de la LPI por parte de la Ley 23/ 2006 viene a corregir la confusión que existía con anterioridad a su inclusión en el texto legal respecto a si el límite cubría las reproducciones realizadas en formato digital. Esta incertidumbre se había traducido en la interposición de un número de demandas por parte de las Entidades de gestión que pretendían que los soportes digitales estuvieran sujetos al canon digital¹⁷³⁴. La reforma operada por la Ley 23/ 2006 venía a cerrar cualquier discusión, ya que el límite de copia privada pasó a aplicarse desde entonces en la LPI a ambos tipos de reproducciones: tanto a las fijadas tanto sobre un soporte analógico, como a las fijadas sobre un soporte digital. El AMLPI 2013 conservaba asimismo la expresión “*en cualquier soporte*”¹⁷³⁵, y el PMLPI 2014 hace otro tanto. Las fijaciones en un soporte analógico tradicionalmente cubrían las grabaciones en cintas de casete-audio, cintas de casete-video, y reproducciones reprográficas. Por lo que respecta a la copia privada digital, SÁNCHEZ ARISTI la definía precisamente subrayando la importancia del soporte en que la obra se hubiera fijado: “*la copia privada digital es aquella que resulta efectuada y queda plasmada en un soporte digital. Debe tratarse de un soporte tangible (la palabra “copia” así lo exige), si bien no tiene porqué tratarse de un soporte permanente*”¹⁷³⁶

¹⁷³² Considerando 38 de la DDASI: “*Debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos. Aunque las diferencias existentes entre tales sistemas de retribución afecten al funcionamiento del mercado interior, en lo que respecta a la reproducción privada analógica, dichas diferencias no deben tener efectos significativos en el desarrollo de la sociedad de la información. La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos*”.

¹⁷³³ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁷³⁴ GÓNZALEZ, AGUSTÍN, *La compensación equitativa por copia privada digital en la ley 23/2006, de 7 de julio*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº15 2006. Págs. 31-44. Pág. 34.

¹⁷³⁵ Aunque como veremos más adelante, esta norma tiene trampa.

¹⁷³⁶ SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 16.

. Precisamente en este punto no puedo estar de acuerdo con SÁNCHEZ ARISTI, puesto que es una “copia” tanto la realizada en un soporte tangible (un CD regrabable), como intangible (la memoria ROM de un ordenador, sí; pero también su memoria RAM, y lo que se da en llamar “la nube” –aunque esta signifique el almacén de información en servidores que se han de encontrar necesariamente localizados en un lugar físico-). En lo que, a mi modo de ver, este autor sí tendría razón es en que *“la clave para caracterizar una copia privada como digital es que sea digital el soporte en que ella misma resulte materializada, con independencia de que lo sea o no el soporte de procedencia. Por lo mismo, no toda copia privada hecha a partir de un soporte matriz digital es una copia privada digital, pues puede haber quedado plasmada en un soporte analógico tradicional”*¹⁷³⁷. Es decir, sería una copia privada digital la realizada de una cinta VHS a un DVD virgen, pero no la grabación en una cinta VHS de una emisión televisiva en alta definición.

A mi modo de ver existía un problema de coherencia en la LPI, con respecto a lo señalado en la Circular 1/2006 de la Fiscalía general del Estado, y en diversas resoluciones jurisprudenciales que han intentado profundizar en cuanto a lo que signifique *“en cualquier soporte”*. Como hemos visto en su momento, las normas sobre los soportes y aparatos que estaban sujetos al pago del canon digital en concepto de compensación equitativa excluían por ejemplo a los ordenadores personales. Mientras tanto, y como hemos visto la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado señalaba expresamente que *“Respecto del usuario que “baja o se descarga de la Red” una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica”*¹⁷³⁸. Y algunas sentencias emanadas de los tribunales españoles¹⁷³⁹ consideraban asimismo que las descargas realizadas a través de redes P2P estaban amparadas por el límite. Pues bien, cabría pensar que dado que práctica totalidad de estas descargas se realizaban en el disco duro de un ordenador personal, y estos no estaban sometidos al canon digital según el derogado artículo 25 de la LPI¹⁷⁴⁰, las fijaciones realizadas en estos aparatos (junto a otros que

¹⁷³⁷ SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pag. 16.

¹⁷³⁸ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Pág. 34.

¹⁷³⁹ Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010. Fundamento Jurídico 3º.

¹⁷⁴⁰ Artículo 25.7 b) de la LPI (derogado por disposición adicional décima del R.D.-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público («B.O.E.» 31 diciembre), con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la presente Ley. Artículo 25 derogado por Número 1

no se encontraban tampoco gravados por el canon digital, porque se consideraban ordenadores, como por ejemplo un iPad), resultarían ser copias privadas no compensadas, lo cual va frontalmente en contra de los fundamentos esenciales del límite (y de la regulación de la DDASI). Pero es que ni siquiera habría que meterse en el tema de las descargas, porque siguiendo este razonamiento, incluso las copias privadas que se realizaran de una obra en ordenadores personales o iPads habrían resultado ser copias privadas que se excluían de la compensación equitativa sin motivo. Esta circunstancia parecía haberse corregido por la nueva redacción del artículo 25 de la LPI operada por el AMLPI 2013, que señalaba lo siguiente en su apartado quinto:

“5. No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no darán origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo las siguientes situaciones:

- a) La reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de radiodifusión pública para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno.*

- b) La reproducción por una persona física para su uso privado de obras o prestaciones protegidas lícitamente adquiridas por ésta al objeto de darle un formato diferente”.*

Por tanto, en la redacción del Anteproyecto sí se dotaba de una configuración jurídica coherente al sistema de copia privada, porque se daba una razón para la exclusión del nuevo sistema de compensación equitativa en los discos duros de ordenador, iPads y similares (el perjuicio mínimo de las reproducciones realizadas por razones de “time-shifting”, y especialmente de “format-

de la décima de R.D.-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público («B.O.E.» 31 diciembre):

“7. Quedan exceptuados del pago de la compensación:

- b. Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6 sin que en ningún caso pueda extenderse esta exclusión a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción”.*

shifting” a los titulares de derechos)¹⁷⁴¹ ; por lo que la mención del elemento “*en cualquier soporte*” en la redacción del nuevo artículo 31 resultaba en cierta manera coherente con la no compensación de las copias privadas¹⁷⁴² . Sin embargo, y a pesar de que, como hemos visto, la redacción del artículo 31.2 b) 2º en el PMLPI 2014 parece desterrar el objeto anterior de la norma, puesto que se elimina el requisito de “temporalidad” de la reproducción pero, aún más importante, se cambia el requisito de “radiodifusión” por el de “difusión”¹⁷⁴³ (con excepciones y restricciones). No obstante, el artículo 25.5 tal y como aparece en el PMLPI 2104 parece pensado aún casi exclusivamente para situaciones de “*time-shifting*”, cuando evidentemente este no es el significado ni el objeto de la norma tal y como se redacta en el PMLPI 2104.

“Cambiando de tercio”, me parece importante asimismo señalar que la LPI no garantiza el derecho a la “mejor copia”. Según GARROTE, ha de respetarse la voluntad del derechohabiente cuando este incluya una medida tecnológica en una copia digital que impida su reproducción en determinados supuestos, y no “*podrá eliminarse la medida tecnológica por parte del usuario para confeccionar una copia digital o pedir su levantamiento ante la jurisdicción civil para obtener esa misma copia en formato digital*”¹⁷⁴⁴ . Esto es porque el usuario siempre tiene la alternativa de realizar una copia analógica. Sin embargo, este punto ha sido tremendamente discutido en nuestro

¹⁷⁴¹ En EE.UU. los dos caen dentro del ámbito de actuación del “*fair use*” y no dan derecho a compensación equitativa. La “*ratio legis*” es la misma en ambos casos: tanto los actos de reproducción motivados por el “*time-shifting*” como de “*format-shifting*”, cuando el usuario ha accedido de manera autorizada al original, obedecen a una utilización “*normal*” de la obra.

¹⁷⁴² Sin embargo, y como veremos, este punto ha sido objeto de dura crítica en sendos informes tanto del CGPJ, como del Consejo de Estado. En puridad intelectual, este efecto de la modificación practicada sobre la regulación del límite y de su consecuente compensación equitativa parece más una feliz coincidencia que otra cosa. Como veremos, la “*ratio legis*” de la reforma practicada sobre las normas de compensación equitativa parece más bien justificar la reducción de su montante, dependiente ahora de los Presupuestos Generales del Estado.

¹⁷⁴³ Para la RAE “difusión” es el acto de difundir. Y “difundir” es:

- “1. tr. Extender, esparcir, propagar físicamente. U. t. c. prnl.
2. tr. Introducir en un cuerpo corpúsculos extraños con tendencia a formar una mezcla homogénea. U. t. c. prnl.
3. tr. Transformar los rayos procedentes de un foco luminoso en luz que se propaga en todas direcciones. U. t. c. prnl.
4. tr. Propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc.”

Por su parte, “radiodifundir” se define exclusivamente como “*Radiar noticias, discursos, música, etc.*”; y “radiar” como:

- “1. tr. Fís. Producir la radiación de ondas, sean sonoras, electromagnéticas, etc., o de partículas.
2. tr. Med. Tratar con radiaciones una enfermedad.
3. tr. Telecom. Difundir por medio de las ondas electromagnéticas sonidos e imágenes”.

¹⁷⁴⁴ Ídem.

país ¹⁷⁴⁵, puesto que algunos alegan que en teoría si se comercializa un DVD con medidas anti-copia digital, este producto sería defectuoso. Bien, como veremos, esto no es así de acuerdo con nuestro Ordenamiento Jurídico.

En suma, la expresión “*en cualquier soporte*” resulta auto explicativa: lo que se explicitaría en que se permiten realizar legalmente al amparo del límite copias en soportes analógicos y digitales, en aparatos digitales, y en soportes o aparatos tangibles e intangibles. Por tanto, entiendo que un usuario, respetando los demás requisitos del artículo 31.2 en su redacción vigente, como del artículo 31.2 y 3 en la redacción del AMLPI 2013 y del PMLPI 2014 (que no modifica este matiz), podría muy bien realizar una copia privada desde en un casete analógico hasta en una sección de acceso privado en la “nube”.

Por último, hay que decir que el PMLPI 2014 al tratar de definir exactamente lo que sea el “acceso legal”, señala en su proyectado artículo 31.2 b) 1º que tal “acceso legal” se produce cuando “...*se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil*”. La mención al soporte en este artículo se produce porque se trata de definir lo que sea el “acceso legal” mediante un acto de distribución lícito (mientras que el proyectado artículo 31.2 b) 2º intenta definir lo que es “acceso legal” en términos de un acto de comunicación lícito).

6.3.1.7 **Consideración de que la obra esté o no protegida por medidas tecnológicas de protección.**

MARÍN LÓPEZ opina (y este trabajo concurre) que puesto que los derechos de explotación de los autores y sus asimilados legales sobre sus obras emana directamente de un derecho de propiedad, derecho que se encuentra reconocido por el artículo 31.2 de la CE ¹⁷⁴⁶, los titulares de derechos de explotación gozan de las correspondientes facultades emanadas del derecho de propiedad, siendo la fundamental “*excluír por cualquier medio lícito las intromisiones no autorizadas de terceros en las facultades dominicales que corresponden al titular* [de tal derecho de propiedad]”

¹⁷⁴⁵ Y en el país vecino, recordemos el caso “*Muholland Drive*”.

¹⁷⁴⁶ Ver Págs. 356 y ss. de este trabajo.

¹⁷⁴⁷ . Por tanto, las medidas tecnológicas de protección de las obras sujetas al Derecho de Autor en el ámbito digital, puesto que todo derecho de propiedad lleva aparejado un “*ius prohibendi*” sobre la cosa objeto de tal derecho, son instrumentos legítimos para hacer efectivo tal derecho de exclusión de los terceros sobre la parcela de dominio de su titular; es decir, sobre los derechos de explotación. Para MARÍN LÓPEZ, “*salvadas todas las distancias, y a sabiendas de que son muchas las que separan la propiedad material de otra inmaterial, es claro que de la misma manera que el propietario de un bien inmueble puede «Cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, efectos vivos o muertos, o de cualquier otro modo» (art. 388 CC), también el titular de un bien y material puede, si la tecnología le proporciona medios hábiles para ello, «cerrar o cercar» sus derechos de aprovechamiento patrimonial para impedir utilizaciones indebidas de terceros*” ¹⁷⁴⁸ . Para este autor, esta facultad se justifica porque que los derechos del artículo 17 de la LPI “*tienen naturaleza real*” ¹⁷⁴⁹ .

Por tanto, las medidas tecnológicas de protección son instrumentos de carácter preventivo que se asemejan a las barreras físicas que impiden intromisiones no autorizadas de terceros en el “mundo físico”, y que operan de la misma manera que una puerta cerrada con llave impide la entrada no autorizada por el propietario a una casa, o que una alarma incluida en un DVD tangible impide que un ratero lo hurte de unos grandes almacenes sin que nadie se percate. En el mundo analógico no existían estas barreras virtuales, de ahí la “imposibilidad de control” que dio origen a instituciones jurídicas como el límite de copia privada. Sin embargo, en la era digital, y al igual que ocurre con la propiedad real, a las medidas represivas que arbitra el ordenamiento jurídico como respuesta a una infracción del derecho de propiedad se une la posibilidad de utilizar medidas preventivas de tales infracciones (de la misma manera que la alarma escondida en el DVD), lo que redundaría eventualmente en el plano ideal en una intervención mínima de los instrumentos represivos del Estado. Es más, como señala muy acertadamente CARBAJO GASCÓN “*La mera prohibición legal o contractual de la copia privada resulta claramente ineficaz para inhibir al usuario de la realización de copias privadas si al mismo tiempo no se incorporan las medidas tecnológicas que le impidan cuál menos dificulten al usuario medio la materialización de esas*

¹⁷⁴⁷ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007. Pág. 38.

¹⁷⁴⁸ Ídem.

¹⁷⁴⁹ Ídem.

copias privadas no autorizadas expresamente por el titular o derechohabientes”¹⁷⁵⁰. Es decir, que sin las medidas tecnológicas de protección el derecho de propiedad intelectual sería inaplicable en la práctica en el ámbito digital, lo cual sin duda provocaría la quiebra del sistema de explotación de obras de creación, puesto que las deficiencias inherentes a la copia analógica (degradabilidad, etc.) han sido solventadas por parte de la tecnología digital. .

Evidentemente, para que las medidas tecnológicas de protección cumplan su cometido en el ámbito digital, el ordenamiento jurídico ha de proteger de manera específica y eficaz contra los actos de elusión de tales medidas preventivas (puesto que tal elusión representa una intromisión ilícita en la propiedad ajena), de la misma manera que protege a los propietarios contra la entrada con fuerza realizada en un domicilio o un establecimiento comercial con el objeto de realizar un robo en el mundo físico¹⁷⁵¹, o a unos grandes almacenes en caso que un ratero arranque la alarma de un DVD¹⁷⁵². Por tanto, de manera análoga, el ordenamiento jurídico habrá de penalizar los actos de cooperación necesaria, inducción, o facilitación dolosa de los actos de elusión de medidas tecnológicas, como los que constituyen los actos de fabricación y comercialización de dispositivos y servicios de elusión realizados por terceros (aunque no eludan ellos mismos las medidas tecnológicas de seguridad), lo cual sería equivalente a aplicar a un acto de robo con fuerza las normas sobre responsabilidad penal del Libro I, Título II del CP (por ejemplo, quien le facilite al autor de un delito de robo con fuerza una llave maestra¹⁷⁵³ será probablemente considerado judicialmente como cooperador necesario, y por tanto podría él mismo ser considerado autor de

¹⁷⁵⁰ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», Revista de Derecho y Nuevas tecnologías, núm. 2, 2003. Pág. 62.

¹⁷⁵¹ Artículo 238 del CP. “*Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

1.º Escalamiento.

2.º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.

3.º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.

4.º Uso de llaves falsas.

5.º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda”.

¹⁷⁵² En este caso la Fiscalía General del Estado en la Consulta 13/1997, de 14 Noviembre, instruye que estos hechos se sancionarán como tentativa de hurto, constitutivo de falta, si no supera el valor de los objetos sustraídos las cincuenta mil ptas. (art. 623.1 CP 1995, en relación con su art. 234). La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 25 Jun. 1999, rec. 2098/1998 trata este tema en profundidad. No obstante, para el tema que nos ocupa, me parece un buen ejemplo de que en el mundo físico también existen sistemas análogos a las medidas tecnológicas de protección; y que su elusión asimismo goza de significación jurídica.

¹⁷⁵³ Artículo 239 del CP, en relación con el artículo 238 de la misma norma jurídica.

un delito de un delito de robo con fuerza según la norma penal sobre cooperación necesaria que se recoge en el artículo 28 del CP). No obstante, estas actividades de elusión de medidas tecnológicas se encuentran reguladas de manera específica en el ámbito de los ilícitos contra la propiedad intelectual, ya que la realización de estas actividades se prohíbe explícitamente por medio del ilícito civil del artículo 160.2 de la LPI, así como del ilícito penal del artículo 270.3 del CP.

LÓPEZ RICHART incide en el carácter preventivo de las medidas tecnológicas, profundizando en la idea desarrollada por CARBAJO GASCÓN, ya que para él un sistema basado principalmente en medidas tecnológicas de protección viene a corregir *“las deficiencias del sistema legislativo para proteger a los titulares de derechos en la llamada sociedad de la información, ya no sólo por la multiplicación de los ataques a los que se ven sometidos los derechos de autor, sino, sobre todo, porque aquel sistema está pensado para una tutela “ex post”, cuando la violación de los derechos ya se ha producido, mientras que las medidas tecnológicas ofrecen a los titulares de derechos la posibilidad de ejercer un control sobre aquello que los usuarios pueden o no pueden hacer con las obras o prestaciones protegidas, mediante barreras de acceso o mecanismos que controlan o restringen el uso de las mismas”*¹⁷⁵⁴. Es decir, estamos hablando de un sistema preventivo en lugar de un sistema punitivo. Por su parte GARON incide en el carácter moral o ético que subyace bajo las medidas tecnológicas, y en que estas constituyen la afirmación y comunicación directa a los usuarios, de una forma que estos pueden percibir directamente, de que los titulares de derechos son los propietarios de la obra, y de que por tanto gozan de todas las facultades de explotación sobre ella, así como de la facultad exclusiva de tomar cuantas decisiones consideren oportunas sobre cómo se realiza su explotación en el mercado. A *“sensu contrario”* las medidas tecnológicas recuerdan los usuarios que no resulta verdadera la extendida creencia popular (defendida incluso por autores “serios”) de que estos pueden hacer lo que les plazca en el ámbito de la Red con las obras protegidas por el Derecho de Autor. En este sentido las medidas tecnológicas son más eficaces que cualquier campaña informativa o educativa sobre el Derecho de Autor, de la misma forma que una puerta cerrada con llave, o una alarma oculta en un DVD resulta mucho más eficaz

¹⁷⁵⁴ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

para evitar un hurto que cualquier campaña informativa o educativa sobre la necesidad de respetar los derechos de propiedad real. Así, GARON nos explica que:

“Con cualquier libro o producto audiovisual disponible en línea, las medidas tecnológicas de protección suministran un recordatorio de que la obra no debería ser tomada [por parte de los usuarios] como si fuera de libre utilización para cualquiera que se la quiera apropiar. Las medidas tecnológicas de protección [y de gestión] proveen con un rótulo de advertencia más efectivo en cuanto a su percepción, en el sentido que cuando alguien copia una obra sin permiso está infringiendo la ley y robando al editor. El impacto primario de las medidas tecnológicas de protección es que sirve de toque de atención en la conciencia del consumidor en el sentido de que robar una obra protegida está feo. Irónicamente, el alboroto que rodea a las medidas ecológicas de protección podría ser la prueba de su efectividad. Dada la facilidad con la cual los sistemas de medidas tecnológicas de protección pueden ser tecnológicamente eludidos, sus legiones de críticos deben estar reaccionando contra las implicaciones morales de la [legítima] administración de derechos en vez de contra el impacto que las medidas tecnológicas de protección tienen sobre la disponibilidad de las obras” ¹⁷⁵⁵ .

Ya hemos hablado en algunas partes de este trabajo tanto sobre las medidas tecnológicas de gestión como sobre las medidas tecnológicas de seguridad, señalando las diferencias entre ellas, y apuntando que su introducción en su “*corpus iuridicum*” se realizó en el seno de la UE por parte

¹⁷⁵⁵ “With every book or audiovisual product available online, DRM provides a reminder that the work should not be considered free for the taking. DRM provides a heightened warning label that when one copies the work without permission, one is breaking the law and stealing from the publisher. DRM’s primary impact serves as a tug on the consumer’s conscience that stealing a protected work is wrong. Ironically, the hue and cry surrounding DRM might be the evidence of its effectiveness. Given the ease with which DRM systems can be technologically circumvented, the legions of critics must be reacting to the moral implications of rights management rather than the impact DRM has on the availability of works”. GARON, JON, *What If DRM Fails?: Seeking Patronage in the iWasteland and the Virtual O*, Michigan State Law Review, vol.1, 2008. Pág. 21. (Traducción del autor).

de la DDASI^{1756 1757}, que en su artículo 6.3 intentaba definir con precisión lo que se ha de entender utilizando el derecho comunitario por medidas tecnológicas de protección:

“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "medidas tecnológicas" toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE. Las medidas tecnológicas se considerarán "eficaces" cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección”.

La regulación incluida en la DDASI sobre medidas tecnológicas de protección se introdujo en el ordenamiento jurídico español mediante Ley 23/2006 de 7 de junio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y que añadió un nuevo Título V al Libro III de la LPI (*“De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley”*). El nuevo Libro III, Título V de

¹⁷⁵⁶ Aunque la primera vez que la protección de las medidas tecnológicas de protección apareció en un texto legislativo internacional fue en los tratados de la OMPI sobre Internet: El Tratado sobre copyright de la OMPI adoptado el 20 de diciembre de 1996, que entró en vigor el 6 de mayo de 2002, y que trata sobre las medidas tecnológicas de protección en su artículo 11; y el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones y Fonogramas, adoptado asimismo el 20 de diciembre de 1996, y que entró en vigor el 20 de mayo de 2002, en su artículo 18. Si se busca un buen artículo sobre el contenido de estos Tratados de la OMPI recomiendo, GASSER, URS, *Legal Framework and Technological Protection of Digital Content Moving forward a Best Practice Model*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 17. 2006. Págs. 45 y ss.

¹⁷⁵⁷ Esta norma es contemporánea con la otra gran norma jurídica pionera en regular las medidas tecnológicas de protección: la *“Digital Millennium Copyright Act”* (DMCA) norteamericana. Como nos explica MARTÍN PRAT: *“El alcance de la protección establecida [en la DDASI] es sin duda muy amplio. Paralelo en algunos aspectos básicos al enfoque adoptado por la DMCA de los EE.UU., aunque sin embargo tiene algunas diferencias con aquella, siendo una de las más importantes que desee garantizar la misma protección a las tecnologías que contra el acceso que a las tecnologías que protegen derecho (por ejemplo: tecnologías de control del copiado)”*. *“The scope of the protection established is indeed a broad one. Parallel in some basic traits to the approach adopted in the US Digital Millennium Copyright Act (DMCA), it has nevertheless some differences, one of the most important being that the same protection is granted to technologies controlling access and to technologies protecting rights (e.g. copy control technology)”*. MARTÍN-PRAT, MARÍA, *«The Scope of the Legal Protection of Technological Measures Access Control Rights Control in the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society: The Relation between such Protection and Related Rights»*, *ALAI Congress 2001: Adjuncts and Alternatives to Copyright*. Nueva York, 2001. Pág. 2. (Traducción del autor).

la LPI lleva el encabezamiento “*Protección de las medidas tecnológicas y de la información para gestión de derechos*”, y se compone de los artículos 160 a 162 de esta Ley. El artículo 162 de la LPI se ocupa de las medidas tecnológicas de gestión de derechos de autor, o DRM, con lo que los artículos realmente relevantes de la LPI para esta parte de nuestro trabajo (y por tanto los que analizaremos a lo largo de estas páginas) son el 160 y el 161, que se ocupan de las medidas tecnológicas de protección propiamente dichas (y que algunos denominan TPM, acrónimo de “*Technical Protection Measures*”). El artículo 160 de la LPI se ocupa de: a) definir lo que sean medidas tecnológicas (160.3. Párrafo 1º); b) aclarar cuando se consideran que estas medidas tecnológicas son “*eficaces*” (160.3. Párrafo 2º); c) las acciones contra los actos reales de elusión realizados sobre las medidas tecnológicas que protejan una obra sujeta al Derecho de Autor, con el objeto de acceder de manera no autorizada a tal obra (160.1); y d) de las acciones contra lo que la LPI denomina como los “*actos preparatorios*” de elusión de medidas tecnológicas, y qué como hemos señalado básicamente consisten en todo acto realizada por terceros que facilite que el usuario eluda en acto las medidas tecnológicas de protección; es decir, en facilitar que el usuario acceda ilícitamente a una obra protegida por medidas tecnológicas, normalmente facilitando que el usuario acceda a un “*antídoto*” que deshabilite las medidas anti-copia, o a una “*llave maestra*” que le permita acceder a la obra a pesar del establecimiento de medidas tecnológicas de control de acceso (160.2). Además, el artículo 160.4 se ocupa de aclarar que las medidas tecnológicas de las que se habla en el Libro III, Título V de la LPI son aquellas destinadas a proteger obras de creación distintas a los programas de ordenador, ya que prescribe que las medidas tecnológicas destinadas a proteger estos programas “*quedarán sujetas a su propia normativa*”. Finalmente, el artículo 161 de la LPI regula un asunto tan importante como el relativo a las relaciones jurídicas entre los límites a los derechos de explotación de los autores (entre los que ocupa una parte estelar el límite de copia privada al derecho de reproducción) y las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de derechos de explotación para asegurarse la protección efectiva de sus derechos.

Por tanto, el artículo 160.3. párrafo 1º de la LPI nos explica qué se entiende a efectos legales por medidas tecnológicas:

“Se entiende por medida tecnológica toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o

prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual”.

ESTEVE disecciona y explica esta terminología legal distintiva de las medias tecnológicas entre sí ¹⁷⁵⁸, explicando que el artículo 160.3 de la LPI divide las medidas tecnológicas en:

- a) Técnicas: que serían todas aquellas medidas tecnológicas consistentes en aplicar al archivo digital una técnica o en un proceso, como por ejemplo la encriptación o codificación ¹⁷⁵⁹.
- b) Dispositivos: que consistirían normalmente en programas de ordenador cuya misión sería impedir totalmente la realización de copias por parte del usuario, o al menos limitar el número de copias que este puede realizar ¹⁷⁶⁰. Las primeras y más célebres medidas tecnológicas de seguridad son algunos dispositivos anti-copia (recordemos el “*Serial Copy Management System*”, o SCMS implantado en el “*Digital Audio Tape*” o DAT) ¹⁷⁶¹. De estos dispositivos quizá el más célebre y relevante para nuestro trabajo sea el dispositivo estándar anti-copia de los DVD: el CSS ¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁸ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN (2009). «Medidas tecnológicas de protección y gestión de los derechos de autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 253.

¹⁷⁵⁹ Ídem.

¹⁷⁶⁰ Ídem.

¹⁷⁶¹ Si se busca una magnífica historia del nacimiento y desarrollo de las medidas tecnológicas, así como de la evolución de su tratamiento legal, ver ALDRICH, NIKKA, *An Exploration of Rights Management Technologies Used in the Music Industry*, Intellectual Property and Technology Forum at Boston College Law School, 2007; o LUCCI, NICOLA, *Countering the Unfair Play of DRM Technologies*, Texas Intellectual Property Law Journal, Vol. 16, 2007 (excelente exposición de algunas de las medidas tecnológicas más usadas; aunque personalmente no esté de acuerdo con algunas de las conclusiones expuestas en su trabajo). También BANTI-MARKAUTI, VICTORIA, *The Interface between Technological Protection Measures and the Exceptions to Copyright under Article 6, Paragraph 4 of the Infosoc Directive and Sections 1201 of the Digital Millennium Copyright Act, with Particular Respect to the Implementation of Article 6, Paragraph 4 in the National Laws of Greece, UK and Norway*. Issues in Informing Science and Information Technology, Vol. 4, Athens, 2007. Pág 576.

¹⁷⁶² ROTHCHILD nos explica que “*las películas en DVD, las cuales según algunos representan el formato destinado al entretenimiento casero más rápidamente adoptado en la historia, incorporan la medida tecnológica de protección conocida como sistema de encriptación de contenido [o “Content Scramble System”], o CSS. El CSS previene que se acceda al contenido de un DVD en aparatos de reproducción no conformes, permite al editor prevenir que un usuario realice una copia de un DVD utilizando equipamiento estándar, y permite el cifrado de un DVD de forma que será reproducible solamente en aparatos fabricados para una región específica del mundo. Además, el estándar DVD de video que se utiliza al codificar películas en DVD permite que el editor incorpore códigos de prohibición para*

- c) Componentes: Serían “medidas que incluyen medios físicos para impedir la copia en, por ejemplo, un DVD” ¹⁷⁶³.

Es de reseñar que tanto el artículo 160.1 como el artículo 160.2 de la LPI condicionan el ejercicio de acciones legales tanto contra los que de hecho realicen actos de elusión de una medida tecnológica, como contra los que realicen actos preparatorios de elusión de la misma a que esta medida sea “eficaz”. El artículo 160.3 párrafo 2º de la LPI (que está copiado literalmente del artículo 6.3 de la DDASI ¹⁷⁶⁴) nos explica qué se entiende a efectos legales por “eficaz”, en el ámbito de las medidas tecnológicas:

“Las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la

*operaciones realizadas por el usuario, los cuales previenen que el usuario realice ciertas operaciones tales como el avance rápido. [...] Un programa llamado DeCSS, el cual fue desarrollado por programadores aficionados como una forma de protesta contra las medidas tecnológicas de protección, y que permitía que las películas en DVD encriptadas fueran desenscriptadas y copiadas en forma degradada [en cuanto a que dispositivos como los códigos de prohibición para operaciones realizadas por el usuario se eliminaban, no en cuanto a la calidad de reproducción o a la no degradabilidad de las sucesivas copias] en un disco compacto, ha estado ampliamente disponible para su descarga desde finales de 1999, a pesar de una resolución judicial en el sentido de que el DeCSS viola las normas anti tráfico de la DMCA. Diversas empresas ofrecieron el software que permitía los usuarios realizar copias de DVD encriptadas con el sistema CSS, pero algunas demandas protagonizadas por los estudios de cine causaron que el distribuidor más famoso de este software desapareciera”. “Movies on DVD, which are by some measures the most rapidly adopted home entertainment format in history, incorporate the Content Scramble System (CSS) TPM. CSS prevents a DVD's content from being accessed on nonconforming playback devices, enables the publisher to prevent a user from copying a DVD using standard equipment, and allows coding of DVDs so that they are playable only on machines manufactured for a particular region of the world. In addition, the DVD-Video standard that is used in encoding DVD movies enables the publisher to incorporate User Operation Prohibition codes, which prevent the user from engaging in certain operations such as fast-forwarding. [...] A program called DeCSS, which was devised by software hobbyists as a sort of protest against TPMs and allowed CSS-encrypted DVD movies to be decrypted and copied in degraded form onto a compact disc, has been widely available for download since late 1999, despite a judicial determination that DeCSS violates the antitrafficking provisions of the DMCA.”. Several companies offered software that allowed users to make copies of CSS-encrypted DVDs, but lawsuits involving the movie studios caused the most prominent supplier of this software to shut down”. ROTHCHILD, JOHN A. *Economic Analysis of Technological Protection Measures*, Oregon Law Review, Vol. 84. Pág. 550. (Traducción del autor).*

¹⁷⁶³ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN (2009). «Medidas tecnológicas de protección y gestión de los derechos de autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 253.

¹⁷⁶⁴ Aunque no existía mención a ella en los Tratados de la OMPI. GASSER, URS, *Legal Framework and Technological Protection of Digital Content Moving forward a Best Practice Model*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 17. 2006. Pág. 68.

aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección como por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección”.

El criterio de eficacia entonces, depende directamente de la capacidad o posibilidad de control que los titulares de derechos de explotación sobre una obra puedan ejercitar sobre el uso de tal obra o prestación por parte de los usuarios de manera remota, mediante la inclusión de lo que LESSIG llama “*código con consecuencias normativas*”¹⁷⁶⁵ en el archivo digital que contenga la obra objeto de protección. Esta posibilidad de control remota por parte de los titulares de derechos eliminaría entonces los problemas físicos y normativos que motivaron la aparición del límite de copia privada en la era analógica (la “*imposibilidad de control*”). Para GASSER, una medida tecnológica se considerará eficaz cuando cumpla con los siguientes requisitos: “*a) Que funcione adecuadamente; b) si sólo puede ser inhabilitada intencionadamente y con considerable dificultad, y; c) si no existen medios más sencillos para conseguir el efecto que la medida intenta prevenir*”¹⁷⁶⁶. ESTEVE señala que el artículo 160.3, en su párrafo 2º distingue fundamentalmente dos tipos de medidas técnicas eficaces¹⁷⁶⁷: a) Los mecanismos de control de acceso: entre estos estarían “*Las claves, contraseñas o los procedimientos que impiden llegar a la obra o prestación como la encriptación o aleatorización (proceso que consiste en dividir una obra en fragmentos de forma aleatoria e incomprensible y componerla de nuevo cuando se tiene la clave o contraseña)*”¹⁷⁶⁸; y b) los mecanismos de control de copiado. Estos mecanismos o medidas anti-copia, que son los más relevantes para nuestro trabajo¹⁷⁶⁹, impedirían la realización de actos de reproducción no

¹⁷⁶⁵ Ver página XXXXXX de este trabajo.

¹⁷⁶⁶ “(1) if it functions properly, (2) if it can only be disabled intentionally and with considerable difficulty, and (3) if no easier means exist to achieve the effect the measure attempts to prevent”. GASSER, URS, *Legal Framework and Technological Protection of Digital Content Moving forward a Best Practice Model*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 17. 2006. Pág. 106. (Traducción del autor).

¹⁷⁶⁷ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN (2009). «Medidas tecnológicas de protección y gestión de los derechos de autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 254.

¹⁷⁶⁸ Ídem.

¹⁷⁶⁹ También son los más problemáticos, puesto que como muy bien señala KOELMAN, resulta difícil sostener que un usuario que eluda una medida de control de acceso a una página web para descargarse una copia de una obra vaya a hacer uso lícito de la misma; y sin embargo, como hemos visto, un usuario puede hacer una copia no autorizada de una obra, eludiendo las medidas anti-copia con fines tanto legítimos como “moralmente buenos”. KOELMAN, KAMIEL, *The Protection of Technological Measures vs. the Copyright Limitations*, Trabajo presentado en el ALAI Congress Adjuncts and Alternatives for Copyright, Nueva York, 15 de junio de 2001. Pág. 6.

autorizados por parte del usuario de forma remota ¹⁷⁷⁰ . Es decir, el usuario, suponiendo que realizare un uso o disfrute “normal” de la obra, podría realizar solamente las reproducciones a las que le autorizare el titular de derechos. El criterio de eficacia se mide tomando como referencia al usuario medio, no a los usuarios avanzados (“hackers”, o “crackers”), para los cuales desarticular y eludir cualquier medida tecnológica es normalmente sólo cuestión de tiempo; porque si tomáramos a estos como referencia, en puridad no podríamos hablar nunca de medidas tecnológicas “eficaces”. De hecho, como señala LÓPEZ RICHART, lo cierto es que “*hasta la fecha (y no parece que la situación pueda revertirse) ninguna medida tecnológica ha resultado ser absolutamente infalible, todas pueden ser neutralizadas o eludidas, con el agravante de que además en cuanto o un solo usuario logre desactivar uno de esos mecanismos de protección, la obra, ya desprotegida, podrá ser puesta al alcance de cualquiera a través de Internet*” ¹⁷⁷¹ . Por ello, aunque las medidas tecnológicas puedan ser eludidas por estos usuarios avanzados, como argumenta CARBAJO GASCÓN, sí que serán eficaces “*de cara al usuario medio, el cual no tiene interés en la ruptura de la protección o carece los conocimientos y medios necesarios*” ^{1772 1773} .

¹⁷⁷⁰ Aunque una medida tecnológica sólo se considera eficaz si impide el acceso a la obra o el copiado de la obra, la importancia de la reproducción en el ámbito digital implicaría que aunque en principio una medida tecnológica que impidiera un acto de comunicación o de puesta a disposición en la Red no se consideraría eficaz si nos atenemos a la literalidad del artículo 160; puesto que tales actos implican necesariamente una reproducción, tal medida tecnológica resultaría ser eficaz indirectamente, puesto que necesariamente debería impedir la reproducción inherente al acto de comunicación o de puesta a disposición. V. GINSBURG, JANE. C., *Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship International Obligations and the U.S. Experience*, Columbia Journal of Law & the Arts, vol. 29. 2005. Pág. 15.

¹⁷⁷¹ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁷⁷² CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 16, 2004. Pág. 45. En el mismo sentido WEINBERG, JONATHAN, Symposium: *Copyright Law as Communications Policy Convergence of Paradigms and Cultures Digital TV, Copy Control, and Public Policy*, Cardozo Arts & Entertainment Journal, vol. 20, 2002. Pág. 286.

¹⁷⁷³ El que las medidas tecnológicas no sean aun completamente eficaces en ocasiones obedece a motivos distintos al desarrollo tecnológico. Por ejemplo, en el caso del software que deshabilita las medidas tecnológicas anti-copiado utilizadas en los DVD: el DeCSS, a pesar de que tanto la medida tecnológica (el CSS) como el software de elusión (el DeCSS) se conozcan y se utilicen desde más de una década, no responde a que no se hayan inventado sustitutos de mayor eficacia para reemplazar el viejo CSS, sino a motivos logísticos; ya que no se puede sustituir el sistema sin tener en cuenta los millones de DVD con CSS, y (más importante) los millones de aparatos reproductores de DVD no compatibles con otro a medida tecnológica que no sea el CSS que existen en los hogares de todo el mundo. Explica muy bien este punto GARON: “*si las medidas tecnológicas fueran completamente efectivas, entonces la DMCA [la Digital Millennium Copyright Act, Ley con la que se introdujo en la Ley sobre Copyright norteamericana la protección legal contra los actos de elusión de las medidas tecnológicas] resultaría totalmente superflua puesto que ningún pirata potencial podría ganar nunca acceso al contenido protegido. No obstante, ningún sistema de encriptación es lo suficientemente robusto para evitar todos los actos de piratería, y el contenido audiovisual necesita ser compatible con los reproductores estándar; por lo tanto, la encriptación resulta muy a menudo bastante fácil de romper*”. “*If DRM was wholly effective at stopping break-ins, then the DMCA would be utterly superfluous since no potential pirate*

La cuestión de la eficacia de las medidas tecnológicas de protección revestía importancia en relación a la compensación equitativa por copia privada. En la redacción vigente del artículo 31.2 de la LPI se explicita que en el reparto de lo recaudado en concepto de compensación equitativa había que tener en cuenta si el titular de derechos había utilizado medidas tecnológicas: “*la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161*”. La norma deviene de la trasposición del artículo 5.2 b) de la DDASI, que regula el límite de copia privada, y en el cual se prescribe que se autorizará legalmente este límite al derecho de reproducción sólo y “*...siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6*”. Por tanto, y tal y como señala GÓNZALEZ DE ALAIZA ¹⁷⁷⁴, existe una diferencia notable entre ambos artículos que resulta cuanto menos sorprendente: mientras que en el artículo 5.2 b) de la DDASI se remite de forma general al artículo 6 de la Directiva (es decir, a la regulación completa sobre medidas tecnológicas), el artículo 31.2 de la LPI remite directamente al artículo 161 de dicha norma, que es el que trata de la relación entre los límites a los derechos de propiedad intelectual y las medidas tecnológicas de protección, desdeñando así toda referencia al artículo 160 de la LPI, que es el que define lo que sean las medidas tecnológicas, y el que regula la protección legal tanto de los actos de elusión como de los actos preparatorios de elusión, etc. La explicación se encuentra en el Preámbulo de la ley 23/2006, donde el Legislador explica su referencia únicamente al artículo 161 de la LPI puesto que según él así “*se da cumplimiento a lo exigido por la Directiva 2001/29/CE y se habilita al gobierno para modificar lo referente a la relación entre dichas medidas tecnológicas del límite de copia privada*”. Es decir, por cuenta de la referencia al artículo 161 de la LPI que se hace en su artículo 31.2, el Legislador deja la puerta abierta a una modificación completa del sistema de relaciones entre el límite de copia privada y las medidas tecnológicas de protección, que lógicamente afectaría indirectamente al régimen de compensación equitativa. Más claro: se habilita al Gobierno para excluir eventualmente la protección del límite de copia privada

could ever gain access to the protected content. No encryption system is sufficiently robust, however, to avoid all break-ins, and audiovisual content needs to be compatible with standard players; therefore, the encryption is often quite easy to breach”. GARON, JON, *What If DRM Fails?: Seeking Patronage in the iWasteland and the Virtual O*, Michigan State Law Review, vol.1, 2008. Pág 20. (Traducción del autor)

¹⁷⁷⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 328.

frente a las obras protegidas por medidas tecnológicas eficaces, con lo cual la compensación equitativa perdería la su razón de ser. De hecho en la redacción de que tanto el AMLPI 2013, como el PMLPI 2014 proponen sobre el límite de copia privada se excluye toda referencia a las medidas tecnológicas de protección¹⁷⁷⁵, aunque como veremos, la radical reforma que proponía el AMLPI 2013, se desdibuja notablemente en el Proyecto de Ley.

Con respecto a la incidencia de las medidas tecnológicas de seguridad sobre el sistema de compensación equitativa por copia privada, como sabemos el régimen legal sobre la misma que se preveía en el artículo 25 de la LPI quedó suprimida por la Disposición Adicional Décima del R.D.-ley 20/2011 de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público («B.O.E.» 31 diciembre), que derogó en su totalidad el artículo 25 de la LPI¹⁷⁷⁶. La normativa vigente sobre la compensación equitativa en

¹⁷⁷⁵ A pesar de que el Inf. CGPJ criticaba que no se mencionaran las medidas tecnológicas en la nueva configuración del límite de copia privada, al excluir de este las obras puestas a disposición de los usuarios de forma interactiva y bajo licencia, el Proyecto de Ley no ha atendido a esta crítica puesto que se omite en la nueva redacción del límite propuesta por el PMLPI toda referencia a las medidas tecnológicas de protección, aunque sí que se añade por el PMLPI un punto 6º al proyectado artículo 25 en que sí que se mencionan las medidas tecnológicas, y además, como veremos más adelante, el PMLPI 2014 se elimina la modificación del artículo 161 de la LPI que preveía el AMLPI 2014, y que hacía prevalecer estas sobre la copia privada. Así, el Inf. del CGPJ criticaba el Anteproyecto: *“Adicionalmente, el proyectado art. 31.3 LPI dispone que, además de las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador (a los que ya viene afectando la exclusión por mandato de las Directivas 96/9/CE y 2009/24/CE), el límite de copia privada no se aplicará a las obras puestas a disposición del público cuya reproducción se haya autorizado contractualmente. En la regulación actual, la posibilidad de desplazar un límite en las explotaciones interactivas articuladas con arreglo a lo convenido por contrato, está ligada a que el titular de los derechos haya implementado medidas tecnológicas de protección (art. 161.5 LPI). Ello tiene su lógica, por cuanto no es tanto el vínculo contractual como la existencia de la medida tecnológica de protección, la que garantiza que el usuario respetará el repertorio de usos permitido por el titular. En el caso de los límites conectados a un derecho de remuneración, como es el caso de la copia privada, la aplicación de medidas tecnológicas de protección, al garantizar un control sobre el número de copias que el usuario podrá realizar, justifica una modulación correlativa de aquel derecho. Sin embargo, la situación es distinta cuando –como hace el Anteproyecto– el límite se excluye en los casos de puesta a disposición interactiva que facilita el acceso con arreglo a lo convenido en un contrato, sin exigir al mismo tiempo la implementación de medidas tecnológicas de protección. En esas condiciones, al igual que sucedía en las situaciones a que nos hemos referido en el párrafo anterior, no existe realmente ninguna garantía de que el usuario se atendrá a las restricciones convenidas en el contrato, y por consiguiente deja de estar justificado el desplazamiento del límite y, eventualmente, de la compensación equitativa a él asociada”*. Inf. CGPJ. Punto 29.

¹⁷⁷⁶ Según GONZALEZ DE ALAIZA la antigua redacción del artículo 25 de la LPI moderada la compensación equitativa en dos momentos decisivos: *“Por una parte, a la hora de fijar las cuantías que pagan los aparatos y soportes en concepto de compensación equitativa deberá tenerse en cuenta «[l]a disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 161» (art. 25.6. 4º e) de la LPI). Es decir, cuantas más obras protegidas entren en el mercado, menor será la cuantía que habrá de pagar en concepto de canon por los aparatos y soportes susceptibles de ser utilizados para realizar copias privadas y, por tanto, menor será la cuantía global que recaudarán los autores para recibir en concepto de compensación equitativa. En segundo lugar, los autores cuyas obras exploten con medidas tecnológicas de protección verán reducido eliminado el porcentaje de lo que deban recibir en concepto de compensación equitativa”*. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 328.

España se encuentra en el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (en adelante RDCE 2012). El RDCE 2012, en su artículo 3.2, dispone que la cuantía de la compensación equitativa se habrá de calcular “*sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual*” por los actos de reproducción amparados por el límite de copia privada, estableciendo en el mismo artículo una serie de criterios objetivos que se habrán de utilizar para la estimación del perjuicio efectivamente causado, y siendo uno de estos criterios, concretamente el que se señala en la letra e), “*la disponibilidad de aplicación de las medidas tecnológicas efectivas a las que se refiere el artículo 160.3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*”¹⁷⁷⁷. Esta norma sigue con mayor literalidad al artículo 5.2 b) de la DDASI, y entiendo que excluye toda obra protegida por medidas tecnológicas del reparto de la compensación equitativa. En el AMLPI 2013: a) se suprimía toda mención a la incidencia de las medidas tecnológicas de protección en el régimen legal de compensación equitativa por copia privada; b) la reforma eliminaba tanto el artículo 161.1 a) de la LPI como el artículo 161.4 de la LPI. Y 3) no se realizaba mención alguna sobre las medidas tecnológicas de protección en la redacción de los puntos 2 y 3 del artículo 31. 2. Esto suponía que bajo el AMLPI 2013 las medidas tecnológicas de protección no hubieran tenido la menor incidencia en el cálculo de la compensación equitativa por parte del Gobierno (bajo el AMLPI 2013 casi todas –o incluso resultaría defendible todas- las reproducciones digitales que caían bajo el proyectado nuevo ámbito de actuación del límite se hubieran podido considerar perfectamente como “de perjuicio mínimo”, y no dar lugar a compensación equitativa). No obstante, el PMLPI 2104, amén de eliminar a su vez la supresión de los artículos 161.1 a) y 161.4 de la LPI (es decir, se vuelve a la prevalencia vigente del límite de copia privada sobre las medidas tecnológicas de protección), añade un nuevo punto 6 al proyectado artículo 25 que sí que hace referencia a la incidencia de las medidas tecnológicas de protección sobre la compensación equitativa:

¹⁷⁷⁷ Este punto ha sido criticado por parte del Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013, puesto que en su opinión no se adapta a la jurisprudencia europea: “*Resulta así que para el TJUE lo relevante en el sistema de compensación equitativa basado en el canon, por la excepción de copia privada, era la puesta a disposición de personas físicas de equipos para fines privados, siendo lo relevante el potencial daño que pudiera causarse, ligado a la potencial realización de copias con un equipo apto para ello, y no que se hicieran efectivamente copias privadas. El Anteproyecto prescinde de los criterios anteriores, pues atiende a la efectiva realización de la copia por una persona física para su uso privado. Se omite, así, el elemento del "posible daño" para la determinación de la cuantía de la compensación equitativa*”.

“En la determinación de la cuantía de la compensación equitativa podrá tenerse en cuenta, en los términos que se establezca reglamentariamente, la aplicación o no, por parte de los titulares del derecho de reproducción, de las medidas tecnológicas eficaces que impidan o limiten la realización de copias privadas o que limiten el número de éstas”

Consecuentemente, si unimos a la inclusión de este artículo la nueva redacción del artículo 31.2 b) 2º, que cambia el concepto de “radiodifusión” por el de “comunicación autorizada de imagen y sonido” (concepto que amplía los restringidísimos casos en que se podía considerar existía “acceso legal” a efectos del límite), podemos convenir en que excepto en los casos en que se realice una puesta a disposición interactiva y bajo licencia que sea “rentable” (casos que se pueden contar con los dedos de las manos en España), la nueva regulación del PMLPI 2014 (al contrario que la AMLPI 2103) desincentiva la inclusión de medidas tecnológicas de protección en sus archivos digitales por parte de los titulares de explotación, ya que de incluirlas no participarán en el reparto de lo presupuestado en concepto de compensación equitativa (y esta, según la nueva regulación del PMLPI deberá aumentar necesariamente desde los cinco millones de Euros a una cifra sustancialmente mayor). Consecuentemente, se desincentiva la auto-protección por parte de los titulares de derechos, y esto provocará que en España la mayor parte de las obras queden desprotegidas de medidas tecnológicas (ya que así al menos los titulares de derechos recuperarán algo de su inversión participando de la presumiblemente mayor compensación equitativa). En suma: otra reforma radical fallida (y eso que el PMLPI 2014 ni siquiera se ha debatido aún en el Parlamento).

No obstante, lo señalado en el párrafo anterior no quita para que resulte indudable la importancia las medidas tecnológicas de protección en el ámbito digital, ya que han venido a solucionar en gran parte los problemas derivados de la revolución digital (facilidad de copiado, y no degradabilidad de las copias), además de asegurar el creciente control por parte de los titulares de derechos sobre una obra sobre su explotación en todos los ámbitos, incluyendo aquellos que se encontraban vedados a su capacidad de control en la era analógica, como el ámbito privado del usuario. Por tanto, el derecho proporciona lo que LÓPEZ RICHART llama un tercer nivel de

protección del Derecho de Autor ¹⁷⁷⁸ . Para este autor el primer nivel de protección estaría constituido por las normas positivas tradicionales sobre Derecho de Autor, se conceden al autor de una obra y a sus cesionarios y asimilados legales (intérpretes o ejecutantes; etc.) derechos exclusivos de explotación sobre una obra; el segundo nivel lo constituirían las medidas tecnológicas de protección, que asegura la efectividad de tales derechos el ámbito digital; y un tercer nivel, lógico, serían las normas “ *cuya finalidad es proteger, no ya los derechos de autor y derechos afines en sí mismos, sino las medidas tecnológicas utilizadas a su vez para proteger las obras*” ¹⁷⁷⁹ . Como hemos visto, la elusión de las medidas tecnológicas de protección en el ordenamiento jurídico español constituye tanto un ilícito civil como un tipo penal. En el orden jurídico civil los actos de elusión de las medidas tecnológicas se proscriben en el artículo 160.1 de la LPI:

“1. Los titulares de derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley podrán ejercitar las acciones previstas en el título I de su libro III contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz”.

Las acciones a las que se refiere el artículo 160.1 de la LPI, según su artículo 138, son la acción de cesación de su artículo 139 y la indemnización por daños y perjuicios de su artículo 140; así como las medidas cautelares de carácter urgente cuando concurren los requisitos expuestos en el artículo 141. Se exige que el usuario conozca o tenga motivos razonables para conocer que está eludiendo una medida tecnológica de protección de una obra sujeta al Derecho de Autor. Por tanto, el que el usuario utilice un programa de ordenador específicamente diseñado para eludir las medidas tecnológicas (máxime cuando ha tenido que realizar labores previas de investigación sobre qué programa es el apropiado para cubrir sus necesidades, y posteriormente un acto de descarga de dicho programa) satisface plenamente la exigencia del elemento subjetivo del ilícito, ya que hallándonos en un contexto en que la elusión de una medida tecnológica de protección implica un mínimo de alfabetización informática, se puede inferir que el usuario que ha utilizado un programa anti-medidas tecnológicas tiene pleno conocimiento además tanto de la existencia de tales medidas como de su misión (la protección de las obras sujetas a propiedad intelectual ajena),

¹⁷⁷⁸ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁷⁷⁹ Ídem.

de la misma manera que quien utiliza una llave maestra para entrar ilícitamente a una casa tiene conocimiento de la existencia de una puerta, y de su misión (la protección de la propiedad real a la que se accede a través de esa puerta), y a quien arranca una alarma escondida en un DVD le consta para que sirve tal alarma.

El artículo 160.2 de la LPI, por su parte, instituye el ilícito civil para lo que ESTEVE denomina como “*actos de fabricación y comercialización de dispositivos y servicios de elusión*”. El artículo se lee de la siguiente manera:

“Las mismas acciones podrán ejercitarse contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz:

- a) Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o*
- b) Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o*
- c) Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección”* ¹⁷⁸⁰ .

ESTEVE nos explica que el artículo 160.2 de la LPI proscribe todos los actos destinados específicamente a eludir las medidas tecnológicas de protección, aunque no aquellos que tengan otra finalidad, pero que incidentalmente puedan neutralizar estas medidas, como por ejemplo la

¹⁷⁸⁰ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN (2009). «Medidas tecnológicas de protección y gestión de los derechos de autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 255.

utilización de algunos programas de ordenador. El artículo 160 entonces incluiría tres tipos de conductas ¹⁷⁸¹ :

- a) Las conductas que tienen en común un “ánimo de lucro comercial” en sus actores, que incluirían los actos de fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicitación para la venta o alquiler, o posesión con fines comerciales de productos o dispositivos cuando se tenga por objeto eludir las medidas tecnológicas. Es la puesta a disposición del usuario “*mediante precio*” de las “contramedidas” o “anti-medidas” con el objeto de que el usuario realice él mismo el acto de elusión posteriormente.
- b) El segundo tipo de conductas ilícitas incluiría los servicios (tanto el línea como fuera de línea) en los que los actores realicen con “ánimo de lucro comercial” actos dirigidos específicamente a permitir o facilitar la elusión de las medidas tecnológicas. Es decir, no son actos de puesta a disposición de dispositivos productos o componentes anti-medidas, sino servicios de apoyo que aseguren que el usuario pueda eludir efectivamente tales medidas.
- c) El tercer tipo incluiría los actos secundarios de publicidad o promoción sin ánimo de lucro. Son normalmente actos realizados por motivos “*ideológicos*”; como por ejemplo los que realiza el “*hacker*” que desarrolla y pone a disposición del público un programa de ordenador “anti-copia”, o incluso un usuario que distribuye desinteresadamente un “*software*” “anti-copia” entre sus amigos.

Por tanto son ilícitos todos los actos de elusión por parte del usuario tanto de las medidas tecnológicas de control de acceso como de las de control de copiado; los servicios de elusión para el usuario realizados por un tercero de las medidas de control de acceso; el desarrollo y la comercialización comercial de cualquier “contramedida” de control de acceso o de copiado; el desarrollo, distribución o puesta a disposición sin ánimo de lucro de cualquier “contramedida” de control de acceso o el copiado; y la publicidad o promoción de tales “contramedidas”. En suma,

¹⁷⁸¹ ESTEVE también realiza una clasificación de los actos preparatorios, pero es ligeramente distinta a la que se propone aquí. Ver ídem.

“toda actividad cuya finalidad principal consista en desactivar las medidas tecnológicas establecidas por los titulares de derechos es considerada ilícita”¹⁷⁸²; sin que, a diferencia de la realización del acto de elusión en sí, se considere siquiera el elemento subjetivo del ilícito. Son actos de estricta responsabilidad objetiva. Ni el AMLPI 2013, ni el PMLPI 2104 modifican el artículo 160 de la LPI, por lo que es de suponer que continuará estando vigente en su redacción actual.

Por último, y a diferencia de lo que sucede en la legislación penal, el art. 160.4 de la LPI dispone que *“Lo dispuesto en los apartados anteriores no es de aplicación a las medidas tecnológicas utilizadas para la protección de programas de ordenador, que quedarán sujetas a su propia normativa”*.

En cuanto a la protección por el orden jurídico penal de las medidas tecnológicas, en el momento en que escribo estas líneas¹⁷⁸³ la norma penal vigente es el artículo 270.3 del CP, redactada por el apartado nonagésimo quinto del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁷⁸⁴. Existe además un tipo penal agravado, cuando concurren las circunstancias que se explicitan en el artículo 271 del CP¹⁷⁸⁵. El artículo 270.3 se lee como sigue:

¹⁷⁸² Ídem.

¹⁷⁸³ 21 de mayo de 2013.

¹⁷⁸⁴ «B.O.E.» 26 noviembre. Vigencia: 1 octubre 2004. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 no realiza una mención especial a la tipificación penal de los actos preparatorios de elusión de las medidas tecnológicas de protección. La única mención más o menos aproximada se encuentra en su Motivo III, letra f): *“Se incorporan las figuras delictivas relacionadas con el acceso a los servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, haciendo una minuciosa regulación de las conductas que atentan directa y gravemente contra la prestación de estos servicios, y castigando la manipulación de los equipos de telecomunicación, como en el caso de los teléfonos móviles. Con ello se trata de dar respuesta a los fenómenos delictivos surgidos en torno al fenómeno de la incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación a todos los sectores sociales”*.

¹⁷⁸⁵ Artículo 271 CP: *“Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.*
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.*
- c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.*
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos”*.

“3. Será castigado también con la misma pena ¹⁷⁸⁶ quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”.

Así pues, el tipo penal sólo cubre los actos preparatorios y no los actos efectivos de elusión de las medidas tecnológicas de protección por parte del usuario, y aunque no mencione el elemento subjetivo de ánimo de lucro comercial, no cubre los actos de publicitación, promoción, o en suma de facilitación de productos, dispositivos o componentes destinados a eludir las medidas tecnológicas de protección. Mi impresión personal es que se trata de una norma destinada principalmente a salvaguardar las medidas tecnológicas de protección de programas de ordenador ¹⁷⁸⁷, y que la interdicción de los actos preparatorios para la elusión de las medidas tecnológicas de protección para el resto de las obras de creación objeto de protección del Derecho de Autor según la LPI no constituía una prioridad para el legislador penal ¹⁷⁸⁸. Todo parece indicar que esta situación va a cambiar radicalmente. A principios de 2103 se conoció el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica que Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal (en adelante, AMCP 2013). Este Anteproyecto se convirtió tras su aprobación por Consejo de

¹⁷⁸⁶ Seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses, lo que si el condenado no tuviere antecedentes penales normalmente no implica su ingreso efectivo la cárcel. El artículo 88, párrafo segundo del CP señala o siguiente: *“Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa”*. A pesar de que según la norma es potestad del juez decidir sobre la sustitución de la pena; y a pesar de que el artículo 88 utiliza el término *“excepcionalmente”*; lo cierto es que normalmente con una pena inferior a dos años, y si el condenado no tuviere antecedentes penales no ingresará en prisión.

¹⁷⁸⁷ La norma se ha aplicado con resultados condenatorios en la Sentencia del Juzgado de lo Penal 1 de Jerez de la Frontera; Procedimiento Abreviado 68/08. Auto 10/09 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Rollo Apelación 256/08, de Fecha 19 de Enero del 2009 (contra un establecimiento que comercializaba la consola PLAY STATION PORTABLE (PSP), incluyendo un chip que permitía a los usuarios utiliza la consola juegos no originales); Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de octubre de 2008 (Juzgado De Lo Penal 10 De Valencia, Procedimiento Abreviado 153/2006) (Se condena a un propietario de un locutorio que empleaba sus ordenadores para el uso de juegos sin licencia a 9 meses de cárcel).

¹⁷⁸⁸ Me basó principalmente en el hecho de que aunque, como se desprende de la nota a pie de página inmediatamente anterior, existe en España jurisprudencia emanada del orden jurídico penal relativa a la elusión de medidas tecnológicas de protección de programas de ordenador; no he conseguido encontrar ninguna sentencia relevante relativa a la elusión de medidas tecnológicas de protección de otro tipo de obras de creación.

Ministros el 20 de septiembre de 2013 en el Proyecto de Ley Orgánica que Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal (en adelante PMCP). Ambas pre-normas endurecen de manera ostensible el tipo penal relativo a la elusión de medidas tecnológicas de protección, además de ampliar su ámbito de actuación respecto a las conductas subsumibles en él. En su Exposición de Motivos, el PMCP 2013 (como en su día el Anteproyecto), a diferencia de la Modificación del CP anterior, sí que hace una extensa alusión a la elusión de las medidas tecnológicas de protección en su motivo nº XIX:

“En segundo lugar, se tipifican expresamente conductas por medio de las cuales se llevan a cabo infracciones de los derechos de propiedad intelectual de los que derivan graves perjuicios: La facilitación de la realización de las conductas anteriores¹⁷⁸⁹ mediante la supresión o neutralización de las medidas tecnológicas utilizadas para evitarlo; la elusión o facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual llevada a cabo con la finalidad de facilitar a terceros el acceso no autorizado a las mismas, cuando esta conducta se ejecuta con intención de obtener un beneficio económico directo o indirecto; y, finalmente, la prestación de servicios de referenciación de contenidos en Internet que facilite la localización de contenidos protegidos ofrecidos ilícitamente en la red cuando concurran cumulativamente un conjunto de condiciones. En estos casos la orden de retirada de contenidos dispuesta por la autoridad judicial estará referida tanto a la retirada de los archivos que contengan las obras o prestaciones protegidas como a la de los enlaces u otros medios de localización de las mismas.

Lo anterior no afecta a quienes desarrollen actividades de mera intermediación técnica, como puede ser, entre otras, una actividad neutral de motor de búsqueda de contenidos o que meramente enlacen ocasionalmente a tales contenidos de terceros.

La revisión de la regulación vigente contiene también la mejora técnica de la tipificación de la fabricación y puesta en circulación de los medios destinados a facilitar la

¹⁷⁸⁹ Actos de distribución y comercialización mayorista y de distribución minorista de obras sujetas al Derecho de Autor; actos de facilitación de acceso a terceros a estas obras (webs de enlaces); e incluso la distribución o comercialización ocasional de tales obras. Además de los actos de almacenamiento, importación y exportación de copias no autorizadas por los titulares de derechos.

neutralización de las medidas de protección de la propiedad intelectual, ajustando la terminología empleada a la más amplia reflejada en la Directiva 2001/29/CE, así como de la regulación de los supuestos agravados” ¹⁷⁹⁰.

Por tanto, el artículo 161 del PMCP 2013 propone una redacción completamente nueva del artículo 270 del CP. La Exposición de Motivos del PMCP 2013 en su motivo nº XIX asimismo nos informa de que la nueva regulación “*prevé un régimen escalonado de responsabilidad penal en función de la gravedad de la conducta*”. El nuevo artículo 270, según se redactaba en el AMCP se ocupa de la tipificación penal de los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección en las letras c) y d) de su punto 3º, así como su punto 4º. Este proyectado nuevo régimen de responsabilidad penal escalonado aplicado a la elusión de las medidas tecnológicas de protección se podía sustanciar en los siguientes cuatro supuestos (que se derivan del estudio e interpretación del texto de la redacción del artículo 270 del CP según aparecía en el AMCP ¹⁷⁹¹):

¹⁷⁹⁰ En el AMCP este Fundamento Jurídico se leía como sigue: “*En segundo lugar, se tipifican expresamente conductas por medio de las cuales se llevan a cabo infracciones de los derechos de propiedad intelectual de los que derivan graves perjuicios: la facilitación de la realización de las conductas anteriores, mediante la supresión o neutralización de las medidas tecnológicas utilizadas para evitarlo; la elusión o facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual llevada a cabo con la finalidad de facilitar a terceros el acceso no autorizado a las mismas, cuando está conducta se ejecuta con intención de obtener un beneficio económico directo o indirecto; la prestación de servicios de referenciación de contenidos en Internet que facilite la localización de contenidos protegidos ofrecidos ilícitamente en la Red; y, finalmente, como tipo atenuado, la distribución o comunicación pública por Internet de material protegido.*

La revisión de la regulación vigente contiene también la mejora técnica de la tipificación de la comunicación y puesta en circulación de los medios destinados a facilitar la neutralización de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual, un ajustando la terminología empleada a la más amplia reflejada en la Directiva 2001/29/CE, así como de la regulación de los supuestos agravados”.

Por tanto se elimina el tipo atenuado referente a “*la distribución o comunicación pública por Internet de material protegido*”. En otras palabras: se saca a los usuarios del ámbito penal.

¹⁷⁹¹ La redacción del artículo 270 del CP según el AMCP 2013 era la siguiente:

“1. *Será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, distribuya o comercialice al por mayor una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios.*

2. *Será castigado con pena de seis meses a tres años de prisión el que, con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagio, distribuya, o comercialice al por menor, facilite el acceso o comunique públicamente en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios.*

En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con la pena de prisión de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá, en los mismos casos, cuando se facilite el acceso a terceros de un modo meramente ocasional.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá

a) Pena de prisión de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses para quienes con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, eliminaran o modificasen (art. 270.3 c)), sin la autorización de los titulares de derechos, las medidas tecnológicas eficaces con el objeto de favorecer o facilitar la exportación o almacenamiento ilícito al por mayor, de obras (en plural en el artículo) protegidas por el Derecho de Autor, con el objeto de la realización eventual de actos de explotación no autorizada (artículo 270.3 a)); así como a quienes eliminasen o modificasen dichas medidas tecnológicas de protección con el objeto de realizar actos de importación ilícitos al por mayor, de obras protegidas por el Derecho de Autor, con el objeto de la realización asimismo eventual de actos de explotación no autorizada (artículo 270.3 b));

b) Pena de seis meses a tres años de prisión para quienes realizaran las actividades descritas en el punto a); sólo que en este caso los actos de exportación, almacenamiento ilícito, o importación ilícita eran al por menor; o a quienes prestaran un servicio consistente en eludir o facilitar la elusión de las medidas tecnológicas eficaces, con ánimo de obtener un

imponer la pena de multa de uno a seis meses, o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.

3. Serán castigados con las penas previstas en los artículos anteriores, en sus respectivos casos, quienes:

a) Exporten o almacenen ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado uno de este artículo, incluyendo copias digitales de las mismas, si la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente.

b) Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos, o comunicados públicamente, tanto si estos tienen un origen lícito o ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos hayan adquirido directamente del titular de derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

c) Favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, eliminando o modificando, sin la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por estos con la finalidad de impedir o restringir su realización.

d) Con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.

4. Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años, que fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado, o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”.

beneficio directo o indirecto, y con la finalidad de facilitar a terceros el acceso no autorizado a un ejemplar de una obra protegida por el Derecho de Autor, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio;

c) Pena de prisión de seis meses a dos años a quienes prestaran el servicio de elusión o facilitación de la elusión de medidas tecnológicas de protección (y señalado en el punto anterior) a terceros de manera meramente ocasional;

d) pena de multa de uno a seis meses, o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días para quienes prestaran servicios mencionados, a discreción del juzgador, y atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido. Todas estas penas excepto la última (puesto que el propio artículo 270 señala que el juzgador no podrá reducir la pena cuando ocurre alguno de los supuestos del artículo 271), eran susceptibles de convertirse en pena de prisión de dos a seis años, multa de 18 a 36 meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un periodo de dos a cinco años cuando concurrían las circunstancias agravantes previstas en el artículo 271.1 según la modificación prevista en el artículo 167 del AMCP 2013 ¹⁷⁹².

En el PMCP se modifica el artículo 270 del CP ¹⁷⁹³, y este régimen se simplifica, eliminándose la diferenciación entre los actos ilícitos realizados “*al por mayor*” y “*al por menor*”, y eliminándose

¹⁷⁹² El artículo 271 tras su modificación se leería como sigue:

“1. *Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de 18 a 36 meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un periodo de dos a cinco años, cuando se cometa del delito del artículo anterior concurriendo las siguientes circunstancias:*

- a) Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica.*
- b) Que los hechos revistan especial gravedad; atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o la de transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público, o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.*
- c) Que el culpable perteneciente a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de la propiedad intelectual.*
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos”.*

¹⁷⁹³ La nueva redacción del artículo 270, de acuerdo con el PMLPI 2013 quedaría como sigue:

“1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, explote económicamente, en especial mediante la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier*

tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, facilite el acceso o la localización de obras o prestaciones protegidas ofrecidas ilícitamente en Internet, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, siempre que cumplan cumulativamente las siguientes condiciones:

1º) Participe adquiriendo conocimiento o control de los medios por los que se facilite el acceso o la localización de las obras o prestaciones ofrecidas ilícitamente, en la vulneración de los derechos de forma significativa considerando, entre otros, su nivel de audiencia en España o el volumen de obras y prestaciones protegidas no autorizadas;

2º) desarrolle una labor específica de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas tecnológicas, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios del servicio;

3º) no se limite a un tratamiento meramente técnico o automático de los datos facilitados por terceros con los que no mantenga una colaboración, control o supervisión; y

4º) actúe con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio a tercero.

En estos casos, el Juez o Tribunal ordenará la retirada de los contenidos por medio de los cuales se haya cometido la infracción, previa identificación inicial del contenido infractor, su localización y el derecho que infringe. Cuando a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo. En estos mismos casos, de manera excepcional, cuando exista reiteración de la conducta tipificada en este número y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.

2. En los supuestos a que se refiere el párrafo primero del número anterior, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.

3. Serán castigados con las penas previstas en los dos apartados anteriores, en sus respectivos casos quienes:

a) Exporten o almacenen intencionadamente ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado uno de este artículo, incluyendo copias digitales de las mismas, sin la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente.

b) Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

c) Favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización.

d) Con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.

4. Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien, con una finalidad comercial, fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”.

en cierta forma el escalonamiento de las penas. Así según este artículo las clases de tipo penal y las penas aplicables son las siguientes:

- a) Pena de prisión de seis meses a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses para quienes con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, eliminen o modifiquen (art. 270.3 c)), sin la autorización de los titulares de derechos, las medidas tecnológicas eficaces con el objeto de favorecer o facilitar la exportación o almacenamiento ilícito de obras (en plural en el artículo) protegidas por el Derecho de Autor, con el objeto de la realización eventual de actos de explotación no autorizada (artículo 270.3 a)); así como a quienes eliminen o modifiquen dichas medidas tecnológicas de protección con el objeto de favorecer o facilitar actos de importación ilícitos de obras protegidas por el Derecho de Autor, con el objeto de la realización asimismo eventual de actos de explotación no autorizada (artículo 270.3 b));

- b) La misma pena de prisión de seis meses a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses para quienes eludan o faciliten la elusión de las medidas tecnológicas destinadas a evitar que terceras partes accedan de manera no autorizada a una copia de una obra de creación (por ejemplo, “puenteando” la entrada mediante la inserción de contraseña a NETFLIX, YOMVI o similar).

- c) Pena de prisión de seis meses a tres años para quien, con fines comerciales “*fabrique, importe, ponga en circulación o tenga*” cualquier medio destinado principalmente a neutralizar medidas tecnológicas de protección (artículo 270.4 del CP modificado por el PMCP. Este artículo parte del vigente artículo 270.3 del CP, ya que ambos artículos prohíben los mismos actos preparatorios de elusión de las medidas tecnológicas de protección; verbigracia: los de fabricación, importación, puesta en circulación, posesión de dispositivos productos o componentes destinados a eludir tales medidas; aunque el nuevo artículo 270.4 eleva sustancialmente las penas previstas desde seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses, a una severa pena de prisión de seis meses a tres años.

- d) Pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años cuando concurren además cualquiera de las circunstancias del tipo agravado del proyectado artículo 271 del CP ¹⁷⁹⁴ .

Resulta por tanto innegable que la modificación realizada por el PMCP (como ya ocurría en el AMCP 2013), además de ampliar sustancialmente el ámbito de actuación de la norma penal con respecto a la elusión de las medidas tecnológicas de protección, incrementa las penas de tal manera que los actos preparatorios más graves subsumidos en el tipo representan para el condenado su inexorable entrada en prisión, ya que las penas máximas de prisión previstas superan los dos años. No obstante, en la reforma practicada por el PMCP 2013 excluye a los “usuarios finales” que realicen actos de elusión de medidas tecnológicas de protección del ámbito penal (aunque no del ilícito civil), lo cual en principio resulta positivo, ya que entiendo que se debería mantener a los “usuarios finales” fuera del ámbito de aplicación del Derecho Penal. Debemos por tanto encuadrar el PMCP 2013 con la decidida voluntad del Gobierno de España de revertir la desgraciada situación anterior, y prestar por fin una protección efectiva a los derechos de explotación. Este fortalecimiento legal de las medidas tecnológicas de protección indica una apuesta decidida de impulsar la autonomía de la voluntad de los titulares de derechos en el ámbito digital, y debería haberse sumado a la modificación realizada por el AMLPI 2013 con respecto a la relación legal del límite de copia privada con las medidas tecnológicas de protección. Desgraciadamente, el Proyecto de Ley de modificación de la LPI conserva la prevalencia vigente del límite de copia privada sobre las medidas tecnológicas de protección.

¹⁷⁹⁴ Artículo 271 del CP según redacción del PMCP 2013:

“Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de 18 a 36 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica.*
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.*
- c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.*
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos”.*

Más que ocasionalmente, las medidas tecnológicas de protección colisionan con un límite legal a un derecho de explotación. El artículo 161 de la LPI se encuentra dedicado enteramente a desarrollar las normas aplicables cuando dicha colisión entre un límite legal y una medida tecnológica de protección se produzca. Frente a la colisión entre los límites legales a los derechos de explotación y las medidas tecnológicas de protección, como en todo conflicto, nos encontramos ante dos alternativas: que una parte prevalezca sobre la otra, o que la otra prevalezca sobre la una. Aquí las partes son los titulares de derechos sobre la obra objeto del límite, y los beneficiarios de un límite legal a un derecho de explotación (que en el ámbito digital, siempre es al menos el derecho de reproducción). La LPI arbitra las primeras soluciones al conflicto atendiendo a la forma en que se explote la obra digital. Según el artículo 161.5 de la LPI, si la obra se hubiere “*puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija*”¹⁷⁹⁵; como por ejemplo se hace en las webs que comunican obras audiovisuales en el ámbito de la Red vía “*streaming*” (NETFLIX, FILMIN) las medidas tecnológicas de protección prevalecen sobre cualquier tipo de límite legal, y los usuarios no disponen en ningún caso de la facultad de acceder o de reproducir la obra sin la autorización del titular de derechos sobre la misma. Esta norma es taxativa y no admite excepciones. Se intentaba proteger este nuevo mercado emergente de comunicación de obras de forma interactiva a través de la Red, que no supone trasladar la propiedad sobre una copia de la obra al usuario, sino en concederle una licencia de uso y disfrute de la obra por un tiempo limitado, en lo que se asemeja bastante a lo que sucedía con los videoclubs en la era analógica, puesto que el usuario debía devolver la copia de la obra al establecimiento donde había alquilado esta una vez transcurrido el periodo de alquiler. Como hablamos de una licencia de uso y no de un contrato de compra-venta sobre el soporte físico que contenga la obra, el usuario no goza de las facultades de dominio de las que sí disfrutaba sobre el soporte físico, y las facultades o las condiciones de tal uso o disfrute vendrán determinadas por la licencia de uso; es decir, por el contrato individual (normalmente de adhesión) en que el usuario entre directamente con el titular de derechos de explotación sobre la obra. Como veremos más adelante con mayor profundidad, no cabe duda de que el advenimiento de este nuevo modelo de negocio, que algunos han venido a bautizar como

¹⁷⁹⁵ Esta norma resulta de la traslación (obligatoria para los Estados miembros) del artículo 6.4, párrafo cuarto de la DDASI: “*Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido*”.

“derecho de acceso”, representa la superación de los problemas relativos a los fallos de mercado y a la imposibilidad de control que dieron origen al límite de copia privada. No obstante, para autores como MARTÍN PRAT ¹⁷⁹⁶, resulta muy extraño que se quiera proteger este nuevo mercado por medio de esta exclusión, que especialmente incluye (como veremos) la exclusión de las obras que se pongan a disposición por esta vía del ámbito de actuación del límite de copia privada, mientras que el ordenamiento jurídico obliga a los titulares de derechos a “liberar” copias digitales que se comercialicen por otra vía de sus medidas tecnológicas de protección; con lo que estas copias pasarían a ser “carne de red P2P” ¹⁷⁹⁷. Afortunadamente, la tendencia de las distintas legislaciones es la de aproximar toda explotación digital que se haga de una obra al estatus jurídico de las obras que se exploten por el método del artículo 161.5 de la LPI. Esta era la intención del prelegislador en el Anteproyecto de Ley, intención que desafortunadamente abandona en el PMLPI 2014.

Así, fuera del supuesto anterior, el artículo 161.1 de la LPI establece que en principio, y con carácter general, los límites a los derechos de explotación prevalecerán frente a las medidas tecnológicas, aunque esta afirmación resulte muy matizable. Como vimos en su momento, el artículo 5 de la DDASI establece un carácter facultativo en cuanto a la adopción de los límites a los derechos de explotación que se enumeran en él (con la excepción de las reproducciones provisionales) por parte de los Estados miembros en sus respectivas legislaciones. El artículo 5.2 de la DDASI se ocupa de manera específica de establecer un “*numerus clausus*” de limitaciones al derecho de reproducción (que como sabemos es el derecho esencial en el ámbito digital, ya que en este ámbito, toda explotación de la obra lleva irremediablemente aparejada su reproducción). Aunque todos estos límites se encuentran en un plano de igualdad respecto a la posibilidad de ser adoptados o no, a elección de los Estados miembros, no todos son axiológicamente iguales. MARÍN LÓPEZ toma como base el artículo 6.4 de la DDASI para clasificar la fuerza de los límites al derecho de reproducción con respecto a las medidas tecnológicas de protección en tres grupos, dependiendo de la mayor o menor fuerza que aquellos tengan sobre estas ¹⁷⁹⁸:

¹⁷⁹⁶ MARTÍN-PRAT, MARÍA, «The Scope of the Legal Protection of Technological Measures Access Control Rights Control in the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society: The Relation between such Protection and Related Rights», *ALAI Congress 2001: Adjuncts and Alternatives to Copyright*. Nueva York, 2001.

¹⁷⁹⁷ La expresión es mía.

¹⁷⁹⁸ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007. Págs. 43-47.

- a) Los límites “fuertes”, que serían los mencionados en el primer párrafo del art. 6.4 de la DDASI ¹⁷⁹⁹ . Estos límites permitirían realizar las siguientes reproducciones no autorizadas: las reproducciones reprográficas analógicas (artículo 5.2 a) de la DDASI); reproducciones realizadas por bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público, y archivos sin ánimo de lucro (artículo 5.2 c) de la DDASI); grabaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión cuando se conserven por razón de su valor documental excepcional (artículo 5.2 d) de la DDASI); reproducciones realizadas sin ánimo de lucro por instituciones sociales tales como las prisiones o los hospitales, con el objeto de comunicar la obra a sus internos (artículo 5.2 e) de la de DDASI); reproducciones realizadas con fines ilustrativos en la educación o en la investigación científica (artículo 5.3 a) de la de DDASI); producciones realizadas sin ánimo de lucro un beneficio de personas que sufran una minusvalía (artículo 5.3 b) de la de DDASI); y las reproducciones realizadas con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales (artículo 5.3 e) de la de DDASI). Así pues, si los Estados miembros optan por incluir cualquiera de estos límites en sus ordenamientos jurídicos respectivos, según dispone el artículo 6.4 de la de DDASI en su párrafo primero de manera imperativa, “*tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario [...] los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación*”, con dos condiciones adicionales necesarias: a) el beneficiario ha de haber accedido legalmente a la obra y; b) los titulares de derechos no deben haber adoptado voluntariamente (o en su defecto haber llegado a un acuerdo) con los beneficiarios interesados, para adoptar las medidas necesarias dirigidas a que estos puedan realizar las reproducciones a las que les autoriza el límite legal. La prevalencia de estos límites sobre las medidas tecnológicas de protección se fundamenta en su alto valor social (o en el caso de las reproducciones reprográficas analógicas, en la imposibilidad

¹⁷⁹⁹ Artículo 6.4 de la DDASI: “No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas”.

manifiesta de que puedan ser controladas), ya que el ejercicio de cada uno de ellos contribuye de manera sustantiva al bien común.

- b) Un límite “débil” que sería el límite de copia privada, regulado en el artículo 6.4 párrafo segundo de la DDASI, y del que hablaremos más adelante en este mismo punto de nuestro trabajo.
- c) El resto de los límites que forman parte del artículo 5 de la DDASI, sobre las cuales según MARÍN LÓPEZ *“los Estados no están en condiciones de facilitar su ejercicio frente a las medidas tecnológicas, pues lo impide la finalidad armonizadora de la Directiva, que en esta materia es completa”*¹⁸⁰⁰.

Por lo que respecta a España, las medidas tecnológicas de protección prevalecerían sobre los límites no incluidos en el texto del artículo 161.1 de la LPI. Así ESTEVE, a modo de ejemplo, señala que *“el usuario legítimo de una obra protegida con un sistema anti-copia no puede exigir llevar a cabo la reproducción de esa obra para su cita o para hacer reseñas de prensa (art. 32.1 LPI). Los usuarios que sean medios de comunicación social no pueden acceder ni reproducir obras sobre temas de actualidad difundidas por otros medios de comunicación social si dichas obras se encuentran protegidas por sistemas anti-copia, a pesar de que cuentan con un límite a su favor para ello (art. 33 LPI)”*¹⁸⁰¹. Así, el ejercicio efectivo de estos límites en el ámbito digital quedan al arbitrio de los titulares de derechos sobre la obra, ya que si la única fuente desde la que se puede realizar una reproducción se halla protegida por medidas tecnológicas anti-acceso o anti-copia, el límite quedaría vaciado de toda efectividad en el plano real.

Por tanto, la redacción vigente del 161.1 de la LPI se puede leer en la actualidad (es decir: la Ley vigente es) como sigue:

¹⁸⁰⁰ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007. Pág. 45.

¹⁸⁰¹ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN (2009). «Medidas tecnológicas de protección y gestión de los derechos de autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 257.

“1. Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes:

- a) Límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2.*
- b) Límite relativo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis.*
- c) Límite relativo a la ilustración de la enseñanza en los términos previstos en el artículo 32.2.*
- d) Límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2.b) y c).*
- e) Límite relativo al registro de obras por entidades radiodifusoras en los términos previstos en el artículo 36.3.*
- f) Límite relativo a las reproducciones de obras con fines de investigación o conservación realizadas por determinadas instituciones en los términos previstos en el artículo 37.1.*
- g) Límite relativo a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una parte sustancial del contenido de una base de datos y de una extracción o una reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un procedimiento administrativo o judicial del contenido de una base de datos protegida por el derecho "sui generis" en los términos previstos en el artículo 135.1.b) y c)”.*

Consecuentemente, en los casos en que los titulares de derecho utilicen las medidas tecnológicas de seguridad con el objetivo de bloquear actos de reproducción, o usos de ciertas obras cuya realización estaría permitida a los usuarios; bien porque los límites pertenecieran al grupo que MARÍN LÓPEZ califica como “fuertes”, y que se enumeran en el artículo 161.1 de la LPI; bien porque estos actos o usos se realizaren de obras que no estuvieran protegidas por el Derecho de Autor (por ejemplo, porque se hallaren en el dominio público, al haber expirado su término de protección legal) ¹⁸⁰². Cabría plantearse entonces qué es lo que podrían hacer los beneficiarios de los límites “fuertes” que prevalecen ante las medidas tecnológicas si el titular de derechos sobre la obra les denegara el ejercicio del límite en cuestión mediante el establecimiento de medidas tecnológicas de protección.

LÓPEZ RICHART identifica dos posibles soluciones ante esta situación: (a) La solución norteamericana (y australiana) que consiste en permitir en ciertos casos al usuario eludir por sí mismos las medidas tecnológicas de control del copiado cuando estas bloqueen un uso legítimo ¹⁸⁰³; y (b) la solución de la UE, donde como hemos visto la DDASI no permite a los usuarios eludir por sí mismos las medidas tecnológicas de seguridad en estos casos, pero insta a los Estados a tomar las medidas pertinentes para que los usuarios dispongan de un sistema con en qué puedan

¹⁸⁰² Caso que, aunque se cita y una y otra vez por los detractores de las medidas tecnológicas de protección en particular, y del derecho autor en general, es rarísimo (si no inédito) en la vida real. Por supuesto, las obras en el dominio público pueden tener una segunda vida con respecto a la protección dispensada por el Derecho de Autor, pero no en lo que respecta a tales obras en sí mismo consideradas. Me explico: una traducción nueva de una obra de Shakespeare (cuyo original, obviamente, está en el dominio público) se halla protegida por el Derecho de Autor, pero sólo la traducción, no la obra subyacente. Por tanto, dado que el traductor goza de derechos de autor sobre esa traducción, resulta completamente lícito que proteja una edición digital de tal traducción con medidas tecnológicas.

¹⁸⁰³ La protección de las medidas tecnológicas de protección se positiviza en los EE.UU. mediante la Digital Millenium Copyright Act de 1998 (DMCA), que añade a la Ley sobre Copyright (entre otras normas destinadas a regular otros asuntos, como por ejemplo las normas sobre “puerto seguro” para los proveedores de servicios en Internet) la Sección 1201, que se ocupa de la protección contra los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección. Aunque en los EE.UU. no resulte ilícita “per se” la elusión de medidas tecnológicas para que el usuario realice un (valga la redundancia) uso lícito de la obra (por ejemplo, un acto de reproducción al que esté autorizado bajo las reglas del “fair use”) esta posibilidad de realizar actos de elusión se encuentra muy limitada; puesto que en ningún caso el usuario puede eludir las medidas tecnológicas que protejan el acceso a la obra. En Australia, la “*Australian Copyright Act*”, asimismo tampoco sanciona los actos de elusión de medidas tecnológicas; pero sí los actos preparatorios, con lo que el usuario medio no podrá realizar un acto de elusión sin infringir la Ley (poseyendo ilícitamente un programa de ordenador anti-medidas tecnológicas, por ejemplo). Para un estupendo análisis de las normas anti-elusión de las medidas tecnológicas en EE.UU., ver TIAN, YIJUN, *Problems of Anti-Circumvention Rules in the DMCA & More Heterogeneous Solutions*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Journal, Vol. 15, 2005.

reclamar el levantamiento de las medidas de seguridad en previsión de que ocurra una situación de este tipo ¹⁸⁰⁴ .

La solución adoptada por la DDASI parece ser la más adecuada, porque los EE.UU. disponen de un sistema punitivo tremendamente duro en cuanto a la respuesta a la infracción del copyright ¹⁸⁰⁵ , con lo que los usuarios que vayan a eludir las medidas tecnológicas cuando estén habilitados legalmente para hacerlo se aseguran previamente de que esta autorización legal efectivamente exista, puesto que las consecuencias punitivas legales en caso de que no sea así y cometan un ilícito pueden ser sustancialmente gravosas para ellos ¹⁸⁰⁶ . No obstante, el límite de copia privada en la redacción vigente del artículo 161.1 de la LPI forma en la práctica parte de los límites “fuertes” que prevalecen frente a las medidas tecnológicas de protección de acuerdo con la regulación de la DDASI, con lo cual sí se dejara a los usuarios la potestad de eludirlas con la excusa de ejercitar un límite “débil” (amén de difuso y vago en su actual redacción) como es el límite de copia privada, las medidas tecnológicas de protección resultarían en la práctica inútiles; es decir, sufrirían de lo que podríamos denominar como una “inefectividad legal”. GINSBURG desarrolla un argumento parecido, y entiende acertadamente que no constituye una política adecuada dejar la posibilidad de eludir las medidas tecnológicas anti-copia legalmente en manos de los propios usuarios cuando prevalezca un límite legal sobre ellas:

“Por ejemplo, un dispositivo de elusión de medidas tecnológicas anti-acceso podría ser utilizado para descryptar películas en el dominio público, pero él mismo es positivo podría ser empleado para descryptar películas todavía sujetas al copyright. Un dispositivo que elude los controles de copia se podría utilizar para copiar una parte [de una obra] con el objetivo de la ilustración para la enseñanza; pero también podría ser utilizado para realizar un número ilimitado de copias para distribuirlas entre las amistades del usuario (o al mundo a través de Internet) con el propósito de su entretenimiento personal. En la mayoría de los casos, y especialmente en el caso de

¹⁸⁰⁴ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁸⁰⁵ La sección 504 (c)(1) de la Ley sobre Copyright norteamericana establece un sistema de multas a los usuarios que hayan infringido el copyright, y que consiste en una horquilla que va desde una multa mínima de 750\$ por obra (por canción, por película) hasta los 30.000\$; a discreción del Juez.

¹⁸⁰⁶ Económicamente hablando ya que la infracción del copyright es un ilícito civil, con multas punitivas elevadas.

dispositivos destinados al mercado de masas, el fabricante o distribuidor del dispositivo no sabrá, al tiempo que el dispositivo se pone a disposición del público, la naturaleza del uso al que será destinado (aunque él o ella podrá muy bien anticipar que el mercado para el dispositivo probablemente no se limitará a investigadores, profesores y bibliotecarios). Incluso si el dispositivo se diseña de buena fe para permitir al público descryptar los DVD de “El Caid” o “El nacimiento de una nación” o cualquier otra película de la era del cine mudo estén el dominio público, es igualmente capaz, y seguramente es mucho más probable que se ha utilizado para liberar [de las medidas tecnológicas de protección] la obra de Federico Fellini o de Woody Allen¹⁸⁰⁷.

Por tanto, el establecimiento de un procedimiento legal destinado a la remoción de medidas tecnológicas que entren en conflicto con el ejercicio del límite queda en manos de los Estados miembros, que disponen de libertad en cuanto al sistema que deseen utilizar o implantar a estos efectos. El párrafo primero del artículo 6.4 de la DDASI dispone que *“No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas”*.

¹⁸⁰⁷ “For example, an access-circumvention device may be used to decrypt public-domain motion pictures, but the same device can be employed to decrypt works still under copyright. A device that circumvents copy controls may be used to copy limited portions for purposes of illustration for teaching, but it may also be used to make unlimited complete copies to distribute to one's friends (or to the world over the Internet) for purposes of personal enjoyment. In most instances, and especially for mass-market devices, the maker or provider of the device will not know, at the time the device is made available, the nature of the use to which it will be put (although he or she might well anticipate that the market for the device is not likely to be limited to researchers, teachers and librarians). Even if the device is designed in good faith to allow the public to decrypt DVDs of “The Sheik” or “Birth of a Nation” or other silent-era motion pictures in the public domain, it is equally capable, and probably more likely, to be used to unlock the digitized oeuvre of Federico Fellini or Woody Allen”. GINSBURG, JANE. C., *Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship International Obligations and the U.S. Experience*, Columbia Journal of Law & the Arts, vol. 29. 2005. Pág. 19. (Traducción del autor).

Consecuentemente, los métodos de protección que los Estados miembros dispensan para los límites “fuertes” a los derechos de explotación reconocidos en sus respectivas legislaciones nacionales varían de manera sustancial según la jurisdicción nacional a la cual nos acogamos ¹⁸⁰⁸. En Irlanda ¹⁸⁰⁹ o Alemania ¹⁸¹⁰ los titulares de límites reconocidos por sus legislaciones nacionales pueden solicitar una orden judicial de sus respectivos tribunales nacionales ¹⁸¹¹, orden dirigida a asegurar que los titulares de derechos se abstengan de impedir el ejercicio de los límites consagrados en sus respectivas legislaciones respecto a las medidas tecnológicas de protección. En el Reino Unido se opta por dotar al titular de un límite al “copyright” (o de un derecho de uso sobre una obra, derivado de un acceso legal a la misma) de la facultad de solicitar de un órgano administrativo ¹⁸¹² la remoción de los obstáculos para el ejercicio efectivo de tales límites o derechos. En Dinamarca se opta por delegar esta función en un órgano administrativo con funciones jurisdiccionales de pendiente del Ministerio de Cultura ¹⁸¹³, mientras que en Grecia se opta por arbitrar mecanismos de mediación, y en recurrir a los tribunales en caso de que no se alcance acuerdo alguno ¹⁸¹⁴. Algunos países han optado por una aproximación cauta al problema que GASSER y GIRSBENGER han venido a llamar como la estrategia de “espera y ve” (“wait and see approach”) ¹⁸¹⁵. Así, en Austria, el Ministro de Justicia en colaboración con el

¹⁸⁰⁸ Ver GASSER, URS, GIRSBENGER, MICHAEL, *Transposing the Copyright Directive. Legal protection of Technological measures in EU Member States. A genie stuck in a bottle?* Berkman Publication Series, n° 2004-10, 2004. Págs. 12 y ss; BANTI-MARKAUTI, VICTORIA, *The Interface between Technological Protection Measures and the Exceptions to Copyright under Article 6, Paragraph 4 of the Infosoc Directive and Sections 1201 of the Digital Millennium Copyright Act, with Particular Respect to the Implementation of Article 6, Paragraph 4 in the National Laws of Greece, UK and Norway*. Issues in Informing Science and Information Technology, Vol. 4, Athens, 2007. Págs. 583 y ss. FAVALE, MARCELLA, *Technological Protection Measures and Copyright Exceptions in EU27 Towards the Harmonization*, [Artículo en Línea], UOC, [Fecha de Consulta 13/12/2011], http://www.law.depaul.edu/institutes_centers/ciplit/ipsc/paper/Marcella_FavalePaper.pdf (Cuadro comparativo. Págs. 12 y ss. WESTKAMP, GUIDO, *The implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Queen Mary Intellectual Property Institute, Londres, 2007.

¹⁸⁰⁹ Sección 374 (3) de la Ley sobre Copyright de Irlanda.

¹⁸¹⁰ Párrafo 1º del artículo 96b (1) de la Ley de protección sobre derechos de autor y derechos conexos de 9 de septiembre de 1965, según la modificación realizada por la Ley de Regulación del Derecho de Autor en la Sociedad de la Información de 10 de septiembre de 2003. Ver. BASLER, WENCKE, *Technological Protection Measures in the U.S., the EU, and Germany How much Fair Use do we need in the Digital World*, Virginia & Journal of Law & Technology, Vol. 8, N° 13, 2003.

¹⁸¹¹ Como por ejemplo la High Court en Irlanda.

¹⁸¹² El “Secretary of State”,

¹⁸¹³ El Tribunal de Licencias sobre Derechos de Autor. Sección 75d de La Ley Refundida sobre Derecho de Autor de Dinamarca (Ley Refundida n° 202 de 17 de febrero de 2010).

¹⁸¹⁴ Artículo 66 (5) de la Ley 3057/2002.

¹⁸¹⁵ Ver GASSER, URS, GIRSBENGER, MICHAEL, *Transposing the Copyright Directive. Legal protection of Technological measures in EU Member States. A genie stuck in a bottle?* Berkman Publication Series, n° 2004-10, 2004. Pág. 22.

Departamento de Seguridad Social, Creaciones, y Protección de los Consumidores, ha publicado informes sobre el tema que hasta el momento no se han traducido en medidas efectivas reales sobre el particular ¹⁸¹⁶, y el artículo 19 de la Ley sobre Derechos Anexos de Holanda concede la facultad al Ministro de Justicia para dictar un Decreto que regule este tema, sin que hasta el momento lo haya hecho ¹⁸¹⁷.

Las “medidas pertinentes” de las que habla el artículo 6.4 de la DDASI en España se traducen en el recurso a la jurisdicción civil ¹⁸¹⁸, ya que según el artículo 161.2 de la LPI: “*Cuando los titulares de derechos de propiedad intelectual no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, para el cumplimiento del deber previsto en el apartado anterior, los beneficiarios de dichos límites podrán acudir ante la jurisdicción civil*”. Las consecuencias prácticas de esta norma son sumariadas por ESTEVE: “*Cuando las obras y prestaciones son explotadas mediante la distribución de un soporte tangible (venta o alquiler de discos compactos, DVDs, etc.) o mediante su comunicación pública por Internet sin una licencia on-line, los titulares de derechos de propiedad intelectual han de facilitar a los usuarios legítimos de sus obras el ejercicio de los límites que establece el art. 161.1 de la LPI. En estos casos, los usuarios pueden exigir al Juez el levantamiento de las medidas tecnológicas que les impidan el disfrute de dichos límites*” ¹⁸¹⁹.

De hecho, los usuarios podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas al Juez en el ámbito de la jurisdicción civil por sí mismos o por delegación cuando además de usuarios sean consumidores ¹⁸²⁰, ya que según indica el artículo 161.2 en su párrafo segundo “*cundo los*

¹⁸¹⁶ Ídem.

¹⁸¹⁷ Ídem. Pág. 23.

¹⁸¹⁸ Aunque los borradores del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Texto Refundido de Ley de propiedad Intelectual de noviembre de 2002 y enero de 2003 se preveía un procedimiento administrativo, que terminó desapareciendo durante la tramitación de la Ley 23/2006 de 7 de julio.

¹⁸¹⁹ ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN (2009). «Medidas tecnológicas de protección y gestión de los derechos de autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 256.

¹⁸²⁰ Es decir, en la inmensa mayoría de los casos, ya que como dice CABEDO SERNA “*quien adquiere un soporte, del tipo que sea, el que se incorpora una obra protegida por el Derecho de Autor es un consumidor*” CABEDO SERNA, LLANOS, *Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales, Límites a la propiedad* En Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.). *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio*. Madrid: Dykinson, 2008. Pág. 2. Y esto es porque como señala GONZÁLEZ DE ALAIZA “*si la persona que adquiere un soporte que incorpora una obra (p. ej., CD, DVD) se limita a verla o escucharla, la estado utilizando como consumidor o destinatario final, es decir sin integrarla en un ulterior proceso de producción*”. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos*

beneficiarios de dichos límites sean consumidores o usuarios, en los términos definidos en el artículo 1.2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su defensa podrán actuar las entidades legitimadas en el artículo 11.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”^{1821 1822}.

En cuanto a la protección del límite de copia privada frente a las medidas tecnológicas; CASELLATI nos explica que en su primera redacción, el artículo 6.4 de la DDASI aplicaba la solución americana; es decir, permitía los usuarios beneficiarios de un límite de los enumerados el artículo 5, que se hubiera adoptado por un Estado Miembro, eludir personalmente las medidas tecnológicas de protección, pero excluía expresamente de esta facultad al límite de copia privada digital¹⁸²³. Así, el artículo 6.4 de la DDASI se podía leer como sigue en su primera redacción:

“La protección legal que se provee en el párrafo primero no será aplicable:

y su tratamiento en el entorno digital, Comares, Granada, 2008. Pág. 316. Pero es que a mí entender ni siquiera es necesario que el usuario tenga que adquirir un soporte, puesto que consumidor es también quien adquiera mediante un contrato de compra-venta una copia digital libre de soporte a través de la Red (por ejemplo a través de iTunes).

¹⁸²¹ Sin embargo, en relación al límite de copia privada, cuando la libertaria Asociación de Internautas (AI) planteó una denuncia ante el Instituto Nacional de Consumo y sus equivalentes en las distintas autonomías contra los titulares de derechos sobre el CD “*No es lo mismo*” del cantante ALEJANDRO SANZ, que se comercializó con medidas tecnológicas anti-copia, por una supuesta vulneración del “*derecho de copia privada establecido por el legislador*” (texto de la denuncia disponible en <http://www.internautas.org/html/1177.html>; y consultada por última vez el 22 de mayo de 2013) ninguno de estos organismos abrió siquiera expediente sancionador por estos hechos. MARIN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007. Nota a pie de página nº 22. Es importante señalar que en ambos lados de la carátula del referido CD informaba de forma conspicua que éste se hallaba protegido por medidas anti-copia (Texto de la denuncia). La denuncia también señalaba que el empleo de medidas anti-copia resultaba injusto e ilícito puesto que ya se pagaba por parte de los usuarios un canon digital por realizar copias privadas; sin embargo, el propio texto del artículo 31.2 de la LPI se señala que “*la [desaparecida] compensación equitativa prevista en el artículo 25 [...] deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161*”. Para ser justos hay que señalar que la denuncia fue presentada con anterioridad a la modificación de la LPI realizada por la Ley 23/2006.

¹⁸²² Para una gran análisis de las relaciones de las medidas anti-copia en relación con las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) en General; y en particular de por qué un soporte dotado de una medida anti-copia no es un producto defectuoso de acuerdo a esta Ley; así como del derecho de los consumidores a ser informados sobre la existencia de medidas tecnológicas anti copiado de acuerdo con el artículo 18.2 de la TRLGDCU, ver CABEDO SERNA, LLANOS, *Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales*, Límites a la propiedad En Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.). *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio*. Madrid: Dykinson, 2008. Pág. 20 y ss.

¹⁸²³ CASELLATI, ALVISE MARÍA, *The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive*, Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, vol. 24, 2001. Pág. 375.

- a) *En la medida que la elusión de una medida tecnológica permita a un beneficiario de una limitación o excepción proporcionada por la legislación nacional de acuerdo con el artículo cinco a beneficiarse de esta excepción, y;*
- b) *cuando ese beneficiario tenga acceso legal a la obra protegida, o a otra prestación;*
- c) *Este párrafo no se aplicará a la copia privada digital”*¹⁸²⁴.

No obstante, en la segunda redacción del artículo 6.4 de la DDASI, se optó por retirar a los usuarios la facultad de eludir por sí mismos las medidas tecnológicas de protección, además de por delegar esta función de protección de los límites legales cuando colisionaran con ellas en los Estados miembros. Algunas de las razones alegadas fueron que si se dejaba a los usuarios exclusivamente esta facultad, sólo podrían hacer uso de los límites aquellos usuarios que dispusiesen de un nivel de conocimiento tecnológico tan avanzado como para eludir las medidas tecnológicas por sí mismos. Otro motivo que se alegó era que puesto que el artículo 6.2 de la DDASI convertía en ilícitos los actos preparatorios de elusión, esta habilitación a los usuarios para eludir las medidas tecnológicas por sí mismos resultaría absurda. La segunda redacción del artículo 6.4 de la DDASI por tanto dejaba en manos de los Estados miembros el decidir cuándo habilitar mecanismos de protección de las limitaciones legales cuando colisionaran con las medidas tecnológicas de protección, y asimismo excluía específicamente de los límites legales que habrían de prevalecer necesariamente al de copia privada digital. La segunda redacción de este artículo se podía leer como sigue:

“La protección legal que se provee en el párrafo primero no será aplicable

- a) *En la medida que la elusión de una medida tecnológica permita a un beneficiario de una limitación o excepción proporcionada por la*

¹⁸²⁴ “The legal protection provided for in paragraph 1 shall not be applicable:

(a) to the extent that the circumvention of a technological measure enables a beneficiary of an exception or limitation provided for in national law in accordance with Article 5 to benefit from that exception, and

(b) where that beneficiary has legal access to the protected work or other subject matter.

This paragraph shall not apply to digital private copying”. 1ª redacción del artículo 6.4 de la DDASI en los actos preparatorios de la Comisión Europea, tomada de CASELLATI, ALVISE MARÍA, *The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive*, Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, vol. 24, 2001. Pág. 375. (Traducción del autor).

legislación nacional de acuerdo con el artículo cinco a beneficiarse de esta excepción, y;

- b) Cuando ese beneficiario tenga acceso legal a la obra protegida, o a otra prestación.*

*Los Estados miembros deberán tomar las medidas apropiadas para asegurarse que, bajo estas condiciones, el beneficiario sea capaz de obtener por el titular de derechos los métodos para beneficiarse de la excepción o limitación en cuestión. Este párrafo no se aplicará a la copia privada digital”*¹⁸²⁵.

La redacción vigente del artículo 6.4 de la DDASI suprime la exclusión de la copia de privada digital de entre los límites que obliga a proteger a los Estados miembros (una vez que los hubieren adoptado en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales) frente a las medidas tecnológicas de protección. En su lugar, se incluyó el segundo párrafo del art. 6.4; que dispone lo siguiente:

“Un Estado miembro podrá adoptar asimismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción o limitación establecida en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 5, a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones”.

El que este artículo de la Directiva no armonice las disposiciones de los Estados miembros con respecto a las relaciones entre el límite de copia privada y las medidas tecnológicas de protección

¹⁸²⁵ “*The legal protection provided for in paragraph 1 shall not be applicable*

(a) to the extent that the circumvention of a technological measure enables a beneficiary of an exception or limitation provided for in national law in accordance with Article 5 to benefit from that exception, and

(b) where that beneficiary has legal access to the protected work or other subject matter”. (Traducción del autor).

Member States shall take appropriate measures to ensure that, under these conditions, that beneficiary is able to obtain from the rightholder the means of benefiting from the exception or limitation in question.

This paragraph shall not apply to digital private copying”. (Traducción del autor).

ha sido objeto de fundadas críticas por parte alguna voz autorizada de la doctrina. Así, MARTÍN-PRAT (a mi juicio muy acertadamente) realiza el siguiente razonamiento:

*“Los efectos derivados de la intervención de los Estados miembros con respecto a las tecnologías de control de copiado podrían resultar muy negativas. El control de la copia privada es la clave para la lucha contra la piratería (en particular contra la piratería en línea) y para el desarrollo de nuevos modelos de negocio (Ej. Pago por escucha, pago por poseer [la copia] por una semana, etc.). Los efectos potenciales sobre el mercado interno también resultan preocupantes. Tomemos el hipotético caso en que un Estado miembro X decide no actuar y un formato (Ej. un DVD de audio) con posibilidad restringida sobre el control de copiado se pone en el mercado (por ejemplo, sólo una copia de calidad digital). Al mismo tiempo, el Estado miembro Y decide actuar y a los titulares derechos se les obliga a modificar la tecnología aplicada al DVD con el objeto de permitir tres copias privadas. Resulta difícil atisbar cómo los Estados miembros podrían intervenir para detener la circulación del DVD con diferentes reglas de uso dentro del mercado interior. Al mismo tiempo esto conduciría a una distorsión del mercado y perjudicaría cualquier esfuerzo de los titulares de derechos para controlar la piratería o para desarrollar nuevos negocios (exactamente la misma hipótesis se podría utilizar en el caso de los servicios transfronterizos: Ej. “streaming”, basados en tecnologías de acceso condicional)”*¹⁸²⁶.

¹⁸²⁶ “The effects of Member States’ intervention as regards to copy control technology could be very negative. Control of private copying is key for the fight against piracy (in particular on-line piracy) and for the development of new businesses models (e.g. pay per listen, pay to keep for a week, etc). The potential effects on the Internal Market are also worrying. Take the hypothetical where Member State X decides not to act and a format (e.g. a DVD audio) with restricted private copying possibilities is put on the market (for instance, only one copy of digital quality). At the same time, Member State Y decides to act and right holders are obliged to modify the technology applied to the DVD so as to allow for three private copies. It is difficult to see how Member States could intervene to stop the free circulation in the Internal Market of the DVDs with different usage rules. At the same time this would lead to a distortion of the market and will prejudice any efforts by right holders to control piracy or develop new business (exactly the same hypothetical could be used in the case of cross-border services, e.g. streaming, based on conditional access technology)”. MARTÍN-PRAT, MARÍA, «The Scope of the Legal Protection of Technological Measures Access Control Rights Control in the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society: The Relation between such Protection and Related Rights», *ALAI Congress 2001: Adjuncts and Alternatives to Copyright*. Nueva York, 2001. Pág. 11. (Traducción del autor).

En el derecho comparado en el marco de la Unión Europea, lógicamente, los países que no reconocen el límite de copia privada en su legislación nacional no lo protegen ¹⁸²⁷. En otros países se exceptúa expresamente el límite de copia privada de los supuestos en los que se puede solicitar el ejercicio efectivo de un límite frente o sobre las medidas tecnológicas de protección. Por ejemplo, en Dinamarca se excluye expresamente el límite de copia privada de entre los supuestos que permiten dirigirse al Tribunal de Licencias sobre Derechos de Autor para que ordene a un titular de derechos hacer efectiva la disponibilidad de una obra protegida por medidas tecnológicas. Otros países, como por ejemplo Italia, garantizan a los usuarios la facultad de realizar una copia para uso privado, aunque en el caso italiano se especifica que la copia podrá ser en formato analógico, y en todo caso esta facultad se encuentra limitada por la “*regla de los tres pasos*” ¹⁸²⁸. Además, GASSER y GIRSBENGER nos advierten que de la jurisprudencia emanada de algunos Estados miembros se deduce que la tendencia es a elegir la protección de los derechos de explotación mediante medidas tecnológicas sobre el límite de copia privada cuando ambos se hallen en confrontación ¹⁸²⁹, lo cual resulta coherente con la tendencia progresiva y general reinante en la Unión Europea en sentido de restringir el límite de copia privada simultáneamente a la desaparición progresiva de la imposibilidad de control de los titulares de derechos sobre la explotación de sus obras en el mercado.

¹⁸²⁷ Aunque tanto en el Reino Unido como en Irlanda se ha de proteger el uso normal de la obra por parte de los usuarios que han accedido legalmente a la misma frente a las medidas tecnológicas, y seguramente también el muy restringido límite de copia privada por razones de “*time-shifting*” reconocido en ambas legislaciones nacionales.

¹⁸²⁸ Artículo 71 sexies (4) de la Ley del 22 de abril de 1941, n° 633 de protección del Derecho de Autor y otros derechos conexos a su ejercicio, modificada en cuanto a la regulación del límite de copia privada (lo cual incluye el artículo 71) por el Decreto Legislativo n° 68, de 9 de abril de 2003.

¹⁸²⁹ Al aquí comentado caso “*Mullholland Drive*” añaden Test-Achats v. EMI Recorded Music Belgium, Tribunal de Primera Instancia e Bruselas; confirmado por el Tribunal de Apelaciones de Bruselas, 9 de septiembre de 2005, Caso. 2004/AR/1649 ; en que el demandante Test-Achats solicitó el tribunal prohibir a las compañías de discos utilizar medidas tecnológicas de protección en la comercialización de sus obras musicales en formato CD, y retirar todos los CD ya existentes en el mercado protegidos por sistemas anti copia. El Tribunal desestimó la demanda y asimismo declaró de manera explícita que en Bélgica existe un derecho a realizar copias privadas. GASSER, URS, GIRSBENGER, MICHAEL, *Transposing the Copyright Directive. Legal protection of Technological measures in EU Member States. A genie stuck in a bottle?* Berkman Publication Series, n° 2004-10, 2004. Pág. 22. En nuestro país, MARÍN LÓPEZ cometa ambas sentencias en MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, n° 25, 2007. Págs. 11-14. Señala acertadamente este autor, que parece obvio que la mayoría de las estas acciones (muchas emprendidas directamente por asociaciones de consumidores o internautas), y a las que se suma las emprendidas sin éxito contra el cantante ALEJANDRO SANZ en nuestro país con motivo de la publicación de un álbum protegido por medidas tecnológicas, parecen destinadas no a remediar un perjuicio individual causado a un usuario; sino a una estrategia que perseguía mantener el “*status quo*” respecto a la copia privada en el ámbito digital. *Ídem*. Pág. 14.

En España, según nos explica LOPEZ RICHART, en un principio ¹⁸³⁰ el límite de copia privada se habría asimismo excluido a propósito por parte del Legislador de entre los supuestos en los que los usuarios pudieren solicitar la remoción de las medidas tecnológicas de seguridad ¹⁸³¹. No obstante, a partir del Proyecto de Ley que el Gobierno presenta a las Cortes en el año 2005 ¹⁸³² se incluye el límite entre estos supuestos, y este enfoque es el que se acaba finalmente imponiendo, provocando que el artículo 161.1 a) de la LPI en su redacción vigente disponga lo siguiente:

“1. Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes:

a. Límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2...”

Este cambio radical de enfoque operado por parte del legislador, según LOPEZ RICHART, podría haber estado influido por las presiones de los grupos organizados de usuarios (los cuales como ya hemos visto con anterioridad en este trabajo, al tratar el tema de la tortuosa aprobación del Reglamento de la “Ley Sinde-Wert” gozan de una capacidad de amedrentamiento sobre algunos representantes públicos digna de un estudio sociológico), o por cuenta de lo que simultáneamente a la aprobación de la Ley 23/2006 venía ocurriendo en Francia con respecto al caso “*Muholland Drive*” ¹⁸³³ ¹⁸³⁴. GONZÁLEZ DE ALAIZA por su parte opina que la inclusión de la copia privada entre los límites “fuertes” respondió a “*los deseos, más o menos confesables, de las partes implicadas y no en grandes principios de derechos de autor*” ¹⁸³⁵. El caso es que en España el límite de copia privada terminó por equipararse legalmente a los límites a los derechos de explotación “fuertes” de los que hablaba MARÍN LÓPEZ, por lo que en principio un usuario, según la legislación vigente, puede recurrir a la jurisdicción civil si no se le permite realizar una

¹⁸³⁰ Borradores de Anteproyecto de Reforma de la Ley de propiedad Intelectual de noviembre de 2002 y enero de 2003.

¹⁸³¹ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, Op. Cit.

¹⁸³² Proyecto de Ley de 26 de agosto de 2005.

¹⁸³³ V. Pág. XXXXXXXXX de este trabajo.

¹⁸³⁴ Ídem.

¹⁸³⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 299.

copia privada bajo el amparo del límite, mediante el uso de medidas tecnológicas anti-copia (con la excepción de la puesta a disposición interactiva y bajo licencia de uso). Al tomar esta medida extraordinariamente protectora del límite de copia privada (a lo que hay que añadir la redacción vigente del artículo 31.2 de la LPI, que articula un límite de copia privada vago, difuso y amplio en cuanto a su ámbito material de actuación), el Legislador español fue mucho más lejos del modelo sugerido por la DDASI, con la intención obvia y coherente con la construcción doctrinal imperante de proteger un límite de copia privada “amplio” como columna vertebral de su experimento legislativo consistente en la legalización de hecho de las descargas digitales, intentando compensarlas a través de un canon digital que ni siquiera gravaba los aparatos en los que se realizaban tales descargas. El despropósito de añadir el límite de copia privada a la lista de limitaciones “fuertes” frente a las medidas tecnológicas contribuyó además a reforzar entre la sociedad la errónea concepción de que la naturaleza jurídica del límite de copia privada era la de un derecho subjetivo de los usuarios. Además, la LPI resultaba en este sentido fundamente esquizofrénica, puesto que el Legislador por un lado protegía formalmente la aparición de un nuevo mercado en línea interactivo, basado en la puesta a disposición de las obras vía “*streaming*” (obligado por la DDASI, cuyo artículo 6.4 párrafo cuarto exceptuaba del ámbito de actuación del límite de copia privada las “*obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido*”, norma comunitaria que además era de obligada transposición), y por otro lado torpedeaba el surgimiento de tal mercado, puesto que legalizaba de hecho la existencia de alternativas no autorizadas y gratuitas al mismo, legalizando la liberación de copias digitales no protegidas de obras sujetas al Derecho de Autor, aun en contra de la voluntad de los titulares de derechos de propiedad sobre ellas, lo cual en términos de praxis económica convertía tal mercado en impracticable, por cuenta de la incertidumbre que sufrían los inversores, no ya en cuanto al montante de sus beneficios, sino incluso a sí terminarían por recuperar su inversión ¹⁸³⁶.

Por su parte, el artículo 161.4 de la LPI prescribe que “*Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de*

¹⁸³⁶ Y en este sentido, iniciativas como FILMIN han resultado heroicas, ya que durante mucho tiempo más tiempo del razonable han operado en pérdidas por culpa de la irresponsabilidad del legislador.

reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado". Respecto a este artículo LÓPEZ RICHART nos aclara que *"lo que con ello está diciendo esta norma es que aquellos dispositivos de control del copiado que no impiden la realización de copias, sino que simplemente limitan el número de ellas que puede hacerse a partir del original no obstaculizan el disfrute del límite de copia privada"*¹⁸³⁷. Por lo tanto, dado que una copia satisface el límite, los archivos digitales que contengan obras sujetas al Derecho de Autor, protegidos por medidas tecnológicas que permitan realizar solamente una copia al usuario, se encuentran ajustados a derecho.

No obstante, la Exposición de Motivos de la Ley 23/2006, se señala que *"en este ámbito la ley, haciendo uso de un criterio de prudencia, si bien ha optado por incluir dentro de estos límites el de copia privada, decisión que la Directiva que se incorpora deja en manos de los Estados miembros, introduce un elemento ágil que permita al Gobierno, si las circunstancias sociales o tecnológicas cambiaran y así lo aconsejaran, excluir dicho límite de entre aquellos que permitan reclamar el levantamiento de las medidas tecnológicas de protección"*. Además, la Disposición Adicional Primera de la Ley 23/2006 señala en el mismo sentido que *"El Gobierno, en atención a las necesidades de carácter social, así como en atención a la evolución tecnológica, podrá modificar mediante real decreto lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 4 del artículo 161 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en lo referente a la relación entre las medidas tecnológicas y el límite de copia privada"*. Para GONZÁLEZ DE ALAIZA *"aunque con muy buenas palabras, parece que se quiere dejar una puerta abierta a la fácil eliminación de la copia privada en el momento en que este paso resulte conveniente para los autores y, sobre todo, técnicamente posible"*¹⁸³⁸.

CARBAJO GASCÓN, por su parte, escribía lo siguiente hace 10 años : *"Puede plantearse incluso la total suspensión de algunos límites (como el de copia privada realizada por medios digitales o electrónicos) que pueden poner en serio peligro la normal explotación económica de las obras o*

¹⁸³⁷ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁸³⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 296.

prestaciones, o bien supeditar el ejercicio de tales límites a la voluntad de los titulares y derechohabientes en función de la utilización por parte de estos de medidas tecnológicas que impidan o limites sustancialmente la copia privada de las obras o prestaciones en formato electrónico” ¹⁸³⁹. Pues bien, esto es lo que hubiera sucedido en la práctica de llevarse a cabo la reforma de la LPI que preveía el AMLPI 2013, que amén de restringir el ámbito del límite de copia privada sustancialmente, prescribía en su artículo 24 que “*se suprime la letra a) del apartado 1, y el apartado cuarto del art. 161 [de la LPI]...*”. Por tanto, de haberse llevado a cabo la reforma tal y como se contemplaba en el Anteproyecto: a) se hubiera eliminado el límite de copia privada de entre la lista de límites “fuertes” que prevalecen sobre las medidas tecnológicas de protección (artículo 161.1 a) de la LPI); y consecuentemente b) se hubiera eliminado la norma que permitía a los titulares de derechos incluir medidas tecnológicas que limitaran del número de copias que pudiera realizar el usuario, siempre que al usuario se le permitiera realizar al menos una copia privada; o lo que es lo mismo leyendo el artículo a “*sensu contrario*”: se hubiera eliminado la norma que obliga a los titulares de derechos a garantizar la realización de al menos una copia privada a los usuarios. A nadie se le puede escapar que tomando su conjunto esta modificación del artículo 161 con la restricción del ámbito de actuación del límite de copia privada que supera con la modificación del artículo 31.2 de la LPI en su redacción vigente, el AMLPI 2013 hubiera significado en la práctica una derogación en la práctica del límite de copia privada “imperativo” en el ámbito digital, tanto en línea como fuera de línea, superando ampliamente la exclusión de las obras puestas a disposición mediante licencia de uso y de forma interactiva del artículo 161.5 de la LPI. Como hemos visto, esta exclusión del límite de copia privada de entre los límites cuyo ejercicio ha de ser protegido por los poderes públicos frente a las medidas tecnológicas hubiera resultado perfectamente conforme al derecho comunitario, ya que el artículo 6.4 de la DDASI no incluye al límite de copia privada entre los límites “fuertes”. De hecho, este mismo artículo 6.4 de su párrafo segundo deja al arbitrio de los Estados miembros el proteger o no ejercicio del límite de copia privada frente a las medidas tecnológicas:

“Un Estado miembro podrá adoptar asimismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción o limitación establecida en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo

¹⁸³⁹ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 44.

5 [límite de copia privada], a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo [primacía de las medidas tecnológicas de protección cuando la obra se ofrezca bajo licencia de uso y de forma interactiva], sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones”.

No obstante, en el Proyecto de Ley se “echa agua al vino” de la reforma, y desaparece toda reforma de los artículos 161.1 a) o del artículo 161.4 de la LPI que quedarán tal y como están. Es decir, el límite de copia privada (más restringido que en la redacción de la LPI, eso sí; pero no tanto como en Anteproyecto de Ley) prevalecerá sobre las medidas tecnológicas de protección pudiendo los particulares exigir su levantamiento. La única reforma que se hace en el PMLPI del artículo 161 de la LPI es el relativo al punto c) de su apartado 1 ¹⁸⁴⁰. La eliminación que se hacía en el AMLPI 2013 de los artículos de la Ley vigente en la que prevalece el límite de copia privada sobre las medidas tecnológicas de protección (artículo 161.1 a) de la LPI), y consecuentemente de la norma que exceptuaba de esta prevalencia a las medidas tecnológicas que simplemente limitaran el número de reproducciones que puede realizar el usuario (artículo 161.4 de la LPI) desaparecen en el Proyecto de Ley. De nuevo comprobamos por qué sostengo que la única forma de solucionar los sustanciales perjuicios causados por el límite de copia privada es su total eliminación del Ordenamiento Jurídico, y por qué le tengo tal desconfianza a la reforma legal proyectada, que queda desdibujada incluso antes de su paso por el Parlamento.

A estas alturas de mi trabajo ya debería haber quedado claro que cuando hablamos de copia privada, lo estamos haciendo de un límite legal sobre el derecho de reproducción, y no de un derecho. La totalidad de la doctrina concurre en este punto ¹⁸⁴¹. También parece claro, y tanto gran parte de la doctrina, como las propias Exposiciones de Motivos de la DDASI y LPI lo confirman, el límite de copia privada no es un límite imperativo, puesto que su fundamento o no

¹⁸⁴⁰ Donde se añade un mínimo retoque a la prevalencia del límite sobre la ilustración de enseñanza, que en todo caso no resulta relevante para este trabajo.

¹⁸⁴¹ Con la excepción de algunos “tecnologistas” con conocimientos magros de ciencia jurídica, o de algunos juristas simplemente irredentos por propia elección, como DAVID BRAVO.

es en ningún caso el interés general del acceso a la cultura, la ciencia, o la información, sino la corrección de una mera imperfección del mercado, por lo que se tiende a su restricción paulatina en el ámbito digital, con la vista puesta en su total extinción. Por ello, tal y como explica GARROTE ¹⁸⁴², mediante una combinación adecuada de licencias en línea y medidas tecnológicas, *“es posible en la práctica el control de la reproducción privada. Por otra parte, no hay en la excepción de copia privada razones de interés general que justifiquen un hipotético carácter imperativo, y sí un muy evidente peligro para los titulares de derechos [por mor por la falta de degradabilidad inherente a la copia digital], que puede llegar a afectar a la explotación de la obra en línea, en clara contradicción con el tenor y el espíritu de los artículos 2 ¹⁸⁴³, 17.1 ¹⁸⁴⁴, y 40bis ¹⁸⁴⁵. En conclusión, si una cláusula limita al usuario legítimo la posibilidad de hacer una reproducción digital para uso privado de una obra o prestación, creo que dicha cláusula es válida en términos del artículo 6.3 del CC”* ¹⁸⁴⁶ ¹⁸⁴⁷.

En otras palabras, la restricción al mínimo e incluso la eventual desaparición del límite de copia privada en España hubiera resultado perfectamente conforme a derecho. Además, de no existir el límite de copia privada, no significaría necesariamente que los usuarios se vieran privados de realizar copia alguna de no ser autorizada por parte del titular de derechos. Como muy bien matiza GONZÁLEZ DE ALAIZA: *“No obstante, si la excepción de copia privada no existiese, probablemente se entendería que la copia de las obras digitales no protegidas se encuentra amparada por la autorización tácita de los autores, como ya se hace respecto de las descargas de obras colgadas lícitamente en internet”* ¹⁸⁴⁸. Es decir, que si se eliminara el límite de copia privada totalmente, en lugar de reducirse ligeramente su ámbito de actuación como se hará de aprobarse el PMLPI 2014 sin más reformas, los usuarios legítimos posiblemente no notarían diferencia práctica

¹⁸⁴² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», *pe. i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002. Pág. 62

¹⁸⁴³ Derecho exclusivo del autor a la explotación de su obra.

¹⁸⁴⁴ Modificado, pero vigente en cuanto al sentido argumental que le quería dar GARROTE, puesto que este artículo otorga al autor *“el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación derechos de explotación”*.

¹⁸⁴⁵ “Regla de los tres pasos”.

¹⁸⁴⁶ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», *pe. i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002. Pág. 62.

¹⁸⁴⁷ El artículo 6.3 del CC decreta que *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*

¹⁸⁴⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 300.

alguna, ya que podrían realizar copias digitales de las obras no protegidas por medidas tecnológicas, como ya se hace de obras adquiridas de la tienda iTunes y similares, cualquiera que fuere el motivo por el que realizaren la copia (los actos de distribución, de comunicación, o de puesta a disposición ilícitos que potencialmente pudieran realizar posteriormente representan legalmente un problema distinto, y que se halla regulado por normas asimismo diferentes), y no podrían realizar copias de los archivos digitales protegidos por medidas tecnológicas, puesto que la misma existencia de estas medidas explicitaría la voluntad del titular de derechos de que dichas copias no se realicen. Más o menos la situación de hecho que hubiera quedado después de la reforma de la LPI de haberse mantenido la redacción del AMLPI 2013. Con la nueva redacción, se otorga de nuevo prevalencia al límite de copia privada sobre las medidas tecnológicas de protección, incluso resultando posible que el usuario exija su levantamiento.

No hay que olvidar nunca que existe otro garante de los derechos de los consumidores y usuarios de obras de creación: el mismo mercado. Como muy bien expone ROTHCHILD *“a los editores no se les obliga a desarrollar medidas tecnológicas de protección; lo hacen como un medio de promover sus intereses económicos. Como todos los actores económicos, los editores están sujetos a disciplina de mercado. Un vendedor no puede vender bienes que los compradores rechazan comprar. Por tanto, existen optimistas que han expresado la opinión de que la sociedad del pago por uso no es algo que se deba temer; si es tan repulsiva como nos la pintan, nunca llegará a existir. Si a los consumidores les desagradan los bienes de la sociedad de la información cuyo acceso está restringido por medio de medidas tecnológicas de protección, esos bienes languidecerán en las estanterías. Los editores, están en el negocio para hacer dinero, no para demostrar una teoría, entenderán el mensaje enseguida y cesarán de producir bienes que son incapaces de vender. Las medidas tecnológicas de protección desaparecerán de la misma manera que muchos otros productos de consumo que han fracasado como consecuencia de las duras realidades del mercado”*¹⁸⁴⁹. Y hasta un autora tan crítica sobre la expansión de los derechos de

¹⁸⁴⁹ “Publishers are not required to deploy TPMs; they do so as a means of promoting their economic interests. Like all economic actors, publishers are subject to the discipline of the market. A seller cannot sell goods that buyers decline to buy. Thus, optimists have voiced the view that the pay-per-use society is nothing to fear; if it is as obnoxious as it is made out to be, it will never come into existence. If consumers dislike information goods that are locked up with TPMs, those goods will languish on the shelves. Publishers, who are in business to make money, not to make a point, will get the message soon enough and will stop producing goods that they are unable to sell. TPMs will go the way of countless other failed consumer products that met and were defeated by the harsh realities of the marketplace”.

autor como SAMUELSON, opina que “*si un proveedor de la sociedad a la información cierra herméticamente [el acceso a, o la posibilidad de hacer copias de] su contenido, otro proveedor de la competencia podría haber una oportunidad de negocio en proporcionar una copia sin tantas restricciones a los consumidores que de otra manera comprarían del primer proveedor*”¹⁸⁵⁰.

En todo caso, la improbable posibilidad de que un usuario no pueda acceder a una obra que se encuentre en el dominio público en un determinado aparato o soporte protegido por medidas tecnológicas (que normalmente será accesible mediante muchas otras fuentes legales, y que en el hipotético e improbable caso de que no sea así, el usuario podrá exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas, o la puesta a disposición de esa determinada obra sin restricciones, puesto que las obras en el dominio público ya no se encuentran protegidas por el Derecho de Autor en cuanto a su explotación), palidece en términos comparativos de bien común ante las ventajas que estas proporcionan: posibilidad de retorno económico para los titulares de derechos, protección de la industria de contenidos, florecimiento de nuevos modelos de explotación en línea, etc.; por no hablar de que ayudaría en gran parte a revertir la situación actual de total indefensión de los titulares de derechos en España frente a la utilización no autorizada de sus obras.

La nueva regulación de las medidas tecnológicas de protección que se contenía en el Anteproyecto de Ley hubiera constituido, a mi juicio, la vanguardia jurídica en cuanto al papel residual que el límite de copia privada está destinado a jugar en España en un futuro. La modificación de la regulación sobre relaciones del límite de copia privada y las medidas tecnológicas de protección, en la que se da total preminencia a estas sobre aquel hubiera convertido al límite de copia privada en un límite que habría dependido en la práctica de la voluntad de los titulares de derechos, ya que si estos hubieran decidido no conceder al usuario la realización de copias privadas mediante el establecimiento de un sistema anti-copiado, el usuario se hubiera quedado sin realizar la copia privada, y no habría gozado de ningún conducto o sistema con que, o de autoridad a quien, exigir el ejercicio efectivo de la potestad de realizar tal copia privada al amparo del límite. Esta

ROTHCHILD, JOHN A. *Economic Analysis of Technological Protection Measures*, Oregon Law Review, Vol. 84. Pág. 490. (Traducción del autor).

¹⁸⁵⁰ “*If one information provider tightly locks up his content, a competing provider may see a business opportunity in supplying a less tightly restricted copy to customers who might otherwise buy from the first provider*”. SAMUELSON, PAMELA, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, Berkeley Technology Law Journal. Vol. 14 (1999), Pág. 566.

derogación de hecho del límite me hubiera parecido personalmente tremendamente positiva para la maltrecha industria de contenidos en España, y una medida eficaz para (junto con otras) atajar la piratería, aunque quizá hubiera resultado más honesto, amén más deseable desde el punto de vista de la técnica jurídica, suprimir completamente el límite en lugar de vaciarlo indirectamente de efectividad real en el ámbito digital mediante la eliminación del supuesto a) del artículo 161.1 de la LPI.

Es decir, de la redacción del Proyecto de Ley se deduce de nuevo desconfianza en las medidas tecnológicas y en los actores de la economía de mercado, y de nuevo voluntad de imponer un límite de copia privada ininteligible para la gran mayoría de los usuarios. En este escenario, y visto lo sucedido con la (de aprobación interminable, para resultar finalmente absolutamente inoperante) “*Ley Sinde*”, lo más beneficioso y aconsejable para el bien común sería derogar completamente el límite de copia privada en el ámbito digital, aprovechando la existencia de medidas tecnológicas de protección como baremo para discernir entre las obras que el titular de derechos autorice, permita, o incluso tolere reproducir libremente, aunque sea de manera implícita (las que carezcan de medidas tecnológicas) de las que no (las que estén protegidas por tales medidas). Esta alternativa implicaría necesariamente a) reforzar la protección sobre las medidas tecnológicas, b) endurecer la legislación coercitiva de los actos de elusión, y c) endurecer la respuesta de los actos de puesta a disposición no autorizada de obras que se comercialicen con medidas tecnológicas. En suma, se trata de dibujar una línea clara que proteja a las obras protegidas por el Derecho de Autor que sean auténticamente relevantes en el plano económico para los titulares de derechos. Hay que sacralizar las medidas tecnológicas elevándolas al estatus legal de las barreras físicas que protegen la propiedad real, y se habrá ganado la batalla cuando los usuarios relacionen y repudien de igual manera la elusión de medidas tecnológicas de protección como el allanamiento de morada. Me resulta más que evidente que en el futuro esta línea se dibujará de forma clara mediante la utilización las medidas tecnológicas de protección; es decir, como auguraban LESSIG o CLARK, mediante “código” con significación jurídica.

6.3.1.8 Obligación legal de compensar equitativamente a los autores por el uso realizado de sus obras bajo el límite de copia privada.

A lo largo de este trabajo, se ha hablado ya de la compensación equitativa por copia privada ¹⁸⁵¹, ¹⁸⁵², donde apuntábamos a un análisis de las vicisitudes sufridas por la legislación sobre compensación equitativa con una vocación más informativa; es decir, con el objetivo de poner en antecedentes sobre la problemática generada en nuestro país por cuenta de la aplicación del canon digital. Además, hacíamos especial hincapié sobre el proceso que condujo en su momento a la supresión del (injusto) sistema que consistía en un límite de copia privada tan amplio que en la práctica cubría cualquier acto de reproducción que los usuarios realizaran en la Red, y en una compensación equitativa fundamentalmente indiscriminada en cuanto a su repercusión final. En este punto intentaré realizar un análisis desde el punto de vista jurídico de este elemento necesario e inherente al límite de copia privada, atendiendo especialmente a las modificaciones legales recientes realizadas sobre su regulación, modificaciones que resultan de indudable relevancia para este trabajo.

Considerando necesariamente el proceso de mutación que está sufriendo este área de nuestro Derecho de Autor a la vez que escribo estas líneas, en primer lugar habría que señalar que, a diferencia del límite de copia privada tras las modificaciones a la LPI contenidas en el AMLPI 2013 y en el PMLPI 2103 (modificaciones que se hallan pendientes de su aprobación por parte del Poder Legislativo) el nuevo régimen sobre la compensación equitativa por razón del límite de copia privada es ya una realidad normativa en España ¹⁸⁵³; aunque también resulta cierto que a día de hoy solamente a medias. Me explico:

- a) El artículo 25 de la LPI en la redacción que le daba la Ley 23/2006, de 7 de julio se encuentra materialmente derogado ¹⁸⁵⁴ desde el 1 de enero del 2012 por cuenta de la Disposición Adicional Décima del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera para la Corrección

¹⁸⁵¹ Ver. *El experimento realizado con la compensación equitativa por copia privada: (el canon digital)*. Págs. 279 y ss.

¹⁸⁵² Es por ello, que en el análisis de este elemento del artículo 31.2 de la LPI que desarrollaremos a lo largo de las páginas siguientes, trataremos de no duplicar el análisis realizado más arriba, sino de completarlo. Por ello, si el lector está interesado exclusivamente en este punto de mi trabajo recomiendo que se remita al punto referido la nota a pie de página anterior, y que sólo posteriormente se dirija a estas mismas páginas.

¹⁸⁵³ Aunque también se regula el sistema de compensación equitativa por parte del AMLPI 2013 y el PMLPI 2014, ya que ambas prevén una modificación del artículo 25 de la LPI.

¹⁸⁵⁴ Aunque no formalmente, según la Exposición de Motivos del RD 1657/2012.

del Déficit Público (publicada en el «B.O.E.» el 31 diciembre de 2011) (en adelante RD 20/2011).

b) Se establece un régimen sustitutorio del antiguo artículo 25 de la LPI, que ya está vigente en el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se Regula el Procedimiento de Pago de la Compensación Equitativa por Copia Privada con Cargo a los Presupuestos Generales del Estado (en adelante RD 1657/2012). Queda pendiente su desarrollo reglamentario.

c) El AMLPI 2013 incluye una redacción “*ex novo*” del artículo 25 de la LPI.

d) El PMLPI 2014 también modifica el artículo 25 sobre la base de la redacción del PMLPI 2014, aunque realizando algunas modificaciones sobre este ¹⁸⁵⁵. Lógicamente la redacción del artículo 25 incluida en el PMLPI 2014 (así como todas las reformas de la LPI incluidas en este) no forma aún parte del ordenamiento jurídico, puesto que aún no ha sido aprobada. No obstante, dada la mayoría absoluta del Partido Popular en el Congreso de los Diputados, que en principio le permitiría aprobar el PMLPI 2013 sin mayor dificultad, junto con el aparente esfuerzo que el actual Gobierno parece estar poniendo en revertir la caótica situación anterior; aunque resulta difícil excluir totalmente la hipótesis de que la búsqueda de un consenso con otras fuerzas políticas por parte del partido en el gobierno pueda modificar aún más algunos puntos de importancia en el articulado del PMLPI 2013. Por tanto cabe suponer que la modificación legal en lo que respecta a la compensación equitativa se parecerá mucho a la incluida en el Proyecto de Ley, aunque es difícil saberlo con certeza. De momento, tanto el Informe del CGPJ como el Dictamen del Consejo de Estado critican duramente el sistema de financiación del límite de copia privada basado en la consignación presupuestaria, y de ambos se puede extraer una preferencia indudable por el sistema de canon digital (modificado para adaptarlo a las exigencias derivadas de la Sentencia PADAWAN del TJUE, eso sí).

Lo que quedaba, según el sistema propuesto en el AMLPI 2103, tal y como veremos inmediatamente, era una derogación sibilina del sistema de compensación equitativa anterior, ya

¹⁸⁵⁵ Modificaciones que se hacen notar especialmente en los apartados 4 y 5 conforme al Proyecto de Ley, que además añade un apartado 6.

que la combinación de las distintas modificaciones legales arriba expuestas vaciaba de contenido real la obligación del Ejecutivo de compensar a los autores y titulares de derechos ajenos por la realización de copias privadas. Esto se conseguía por medio de un complejo sistema que resulta difícil predecir si se adopta por el PMLPI o no, ya que uno de los pilares de la proyectada reforma (las situaciones que se han de considerar de “perjuicio mínimo”, y que por tanto no tan lugar a compensación equitativa) pende de su eventual desarrollo reglamentario. Se pasará posteriormente en este trabajo a explicar las reformas sufridas y proyectadas sobre el artículo 25 de la LPI sin detenernos demasiado en analizar la redacción del ya derogado artículo 25 en su redacción emanada de la Ley 23/2006, ya este punto ya ha quedado suficientemente explicado más arriba, sin olvidar que hablamos ya de historia legislativa.

Exponíamos más arriba que la compensación equitativa por copia privada tuvo su origen en Alemania en el año 1965. TORRES nos explica que esta compensación se estableció asimismo en las legislaciones de: Austria en 1980, Noruega en 1981, Hungría en 1982, Suecia, Finlandia e Islandia en 1984, Francia y Portugal en 1985, y en Australia en 1989. A partir de 1992 adoptaron la compensación equitativa Holanda, Dinamarca, Italia, Grecia, Bélgica, Suiza, Japón y Canadá, y la mayoría de los países latinoamericanos incluyeron la compensación equitativa en sus respectivas legislaciones durante la década de los 90 ¹⁸⁵⁶.

Nos llevaría un trabajo entero, al menos de la misma extensión que el presente, exponer satisfactoriamente la evolución del régimen legal sobre compensación equitativa en España ¹⁸⁵⁷. A grandes rasgos diremos que la compensación equitativa se adoptó con el nombre de remuneración compensatoria en la LPI de 1987 de forma bastante esquemática ¹⁸⁵⁸. Además, el

¹⁸⁵⁶ TORRES, MÓNICA, «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización», X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales. Madrid. 2000. Pág. 12.

¹⁸⁵⁷ Realiza esta labor justo hasta la redacción del artículo 25 realizada por Ley 23/2006 inclusive, de forma tan escueta como efectiva, ESTEVE en ESTEVE PARDO, MARÍA ASUNCIÓN, *El canon por copia privada*, Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual, Enero 2007. También en STS 321/2011, sala 1ª de lo Civil, de 22 de junio de 2012.

¹⁸⁵⁸ El artículo 25 de la LPI de 1987 señalaba que: “1. Los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma o en cualquier otro soporte sonoro o visual, juntamente con los editores o productores de dichas obras y con los artistas, intérpretes o ejecutantes, cuyas actuaciones se hallen fijadas en las mismas, tendrán derecho a participar en una remuneración compensatoria por las reproducciones de tales obras, efectuadas exclusivamente para uso personal por medio de aparatos técnicos no tipográficos
2. Dicha remuneración se exigirá de los fabricantes o importadores de equipos y materiales destinados a su distribución comercial en España, que permitan la reproducción de obras para los fines señalados en el apartado anterior.

Reglamento que desarrollaba el artículo 25¹⁸⁵⁹, intentando hacer efectivo el principio de autoadministración de los agentes sociales implicados, delegó en una Comisión Mixta la sustanciación de su regulación efectiva; Comisión en que estaban representados de manera paritaria los titulares de derecho acreedores legales del canon, así como los fabricantes e importadores de los equipos o aparatos deudores legales del mismo¹⁸⁶⁰. La falta de disposición para llegar a un acuerdo de ambas partes provocó que no se llegara a una sustanciación efectiva sobre la regulación sobre “*el procedimiento para determinar los equipos y materiales sujetos, el importe, el sistema de recaudación y la distribución de la remuneración*”, delegada por el artículo 25.3 de la LPI de 1987, y por el artículo 2 del Reglamento. Por ello, en la Ley 20/1992, de 7 de julio, por la que se modifica la Ley de Propiedad Intelectual, el Legislador, desconfiando de la capacidad para llegar un acuerdo de los agentes implicados, dotó al artículo 25 de la LPI de una especificidad casi reglamentaria; especificidad que perduraría en el artículo hasta la reciente supresión del sistema de canon por copia privada¹⁸⁶¹. Para ESTEVE “*La Ley 20/92 introdujo*

3. *El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento para determinar los equipos y materiales sujetos, el importe, el sistema de recaudación y la distribución de la remuneración. Estos derechos se harán efectivos a través de las correspondientes Entidades de Gestión*”.

¹⁸⁵⁹ El Real Decreto 287/89 de 21 de marzo.

¹⁸⁶⁰ Aunque como sabemos, durante toda la era de vigencia del canon digital, estos eran deudores sólo a título legal, por cuenta de las dificultades prácticas de exigir el canon directamente a los usuarios, pero repercutían este a los auténticos sujetos gravados por el canon: los usuarios. Es decir, deudor a estos efectos, como ocurre con el IVA, equivale a recaudador.

¹⁸⁶¹ Artículo 25 de la LPI según la redacción de la Ley 20/1992:

“1. *La reproducción, exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2. del artículo 31 de esta Ley, y por medio de aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras publicadas en forma de libros o publicaciones que, a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o en cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual, originará una remuneración dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir por razón de la expresada reproducción. Esta remuneración se determinará en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio en el período anual correspondiente. Este derecho se hará efectivo a través de las Entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.*

2. *Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación a los programas de ordenador.*

3. *En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán:*

a) *Deudores: los fabricantes en España, así como los adquirientes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y materiales que permitan la reproducción prevista en el apartado 1.*

b) *Acreedores de la remuneración compensatoria: los autores de las obras publicadas en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente, en sus respectivos casos, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.*

4. *El importe total de la remuneración compensatoria a satisfacer por los deudores de la misma se determinará por aplicación de las siguientes cantidades:*

a) *Equipos o aparatos de reproducción de libros.*

7.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto.

*ciertas mejoras en la Ley de 1987, pero su reforma del art. 25 fue un rotundo fracaso: no logró dar un cauce ágil al sistema de renovación de la remuneración compensatoria por copia privada ni mejoró su efectiva recaudación”*¹⁸⁶². Por tanto, pronto se vio la necesidad de modificar de nuevo el artículo 25; tanto por las deficiencias apuntadas por parte de ESTEVE, como por la

22.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde diez hasta veintinueve copias por minuto.

30.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde treinta hasta cuarenta y nueve copias por minuto.

37.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde cincuenta copias por minuto en adelante.

b) Equipos o aparatos de reproducción de fonogramas: 100 pesetas por unidad de grabación.

c) Equipos o aparatos de reproducción de ideogramas: 1.100 pesetas por unidad de grabación.

d) Materiales de reproducción sonora, 30 pesetas por hora de grabación.

e) Materiales de reproducción visual o audiovisual, 50 pesetas por hora de grabación.

5. *La remuneración compensatoria se fijará anualmente en los términos siguientes:*

a) Se podrá establecer mediante convenio pactado, dentro de los dos primeros meses de cada año, por los deudores, o, en su caso, a través de las asociaciones constituidas por ellos para la defensa de sus derechos o intereses, y las correspondientes Entidades de gestión de los acreedores o la persona jurídica en la que éstas se hayan podido agrupar para negociar el convenio y realizar el cobro y distribución de la remuneración. Una vez concluido aquél se pondrá en conocimiento del Ministerio de Cultura.

Dicho convenio deberá formalizarse en escritura pública, la cual llevará aparejada ejecución a los efectos y en los términos de lo dispuesto en la Sección Primera del Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) Si transcurrido el plazo para la celebración del convenio, éste no se hubiere concluido, la remuneración compensatoria será fijada mediante la intervención mediadora y resolutoria de tercero, que será obligatoria para los deudores y los acreedores y que no alterará la naturaleza jurídico-civil de la obligación concretada. Corresponde al Ministerio de Cultura la designación del mediador, previa audiencia de los deudores y acreedores. La designación deberá recaer en persona experta en la materia.

El mediador deberá dictar su resolución en el plazo de dos meses desde su designación prorrogable por un mes. Esta resolución deberá formalizarse en escritura pública, la cual llevará aparejada ejecución en idénticos términos a los previstos para el convenio.

7. *Las cantidades determinadas mediante resolución sustitutoria del convenio se conceptuarán como mínimos individualizados, sin perjuicio del ejercicio por parte de los acreedores de las correspondientes acciones ante los órganos del orden jurisdiccional civil para la determinación del importe íntegro de las mismas.*

8. *Las cantidades fijadas como remuneración compensatoria tendrán la condición de obligaciones líquidas y exigibles desde que el convenio o, en su caso, la resolución sustitutoria del mismo se hubieran elevado a escritura pública.*

9. *Las Entidades de gestión de los acreedores o, en su caso, la persona jurídica mencionada en el párrafo a) del apartado 5 de este artículo, estarán facultadas para requerir de los deudores cuantos datos y documentación sean necesarios para hacer efectiva la remuneración. En todo caso, se asegurará la confidencialidad e intimidad mercantil de los datos y documentos suministrados por las entidades deudoras.*

10. *El Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deban considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los supuestos de excepción al pago de la remuneración que deberán atender a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen los equipos o materiales adquiridos, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del mercado en el sector; los equipos, aparatos y materiales sujetos y el momento en que nace la obligación legal a que se refiere este artículo; el procedimiento a observar para el ejercicio de la potestad de mediación obligatoria atribuida al Ministerio de Cultura y ejercida por el mediador designado por el mismo que, en todo caso, garantizará la audiencia de deudores y acreedores; y la distribución de la remuneración entre los acreedores; y los criterios y procedimiento de distribución de la remuneración entre los acreedores”.*

¹⁸⁶² ESTEVE PARDO, MARÍA ASUNCIÓN, *El canon por copia privada*, Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual, Enero 2007.

necesidad de incorporar al Ordenamiento Jurídico patrio la nueva Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo en el ámbito de la propiedad intelectual (de aquí en adelante DDAPPI), emanada de la entonces Comunidad Económica Europea. Ambas circunstancias provocaron que el Legislador modificara de nuevo el artículo 25 de la LPI mediante la Ley 43/1994 de 30 de diciembre para la incorporación al Derecho Español de la DDAPPI. La nueva redacción del artículo 25 pasó entonces a integrarse al actualmente vigente (aunque modificado sustancial y repetidamente en cuanto al tema objeto de este estudio) Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; es decir, en lo que a efectos de este trabajo venimos denominando como LPI (aunque muchos utilicen asimismo el acrónimo TRLPI).

La nueva redacción del artículo 25 resultaba aún más extensa y pormenorizada ¹⁸⁶³, amén de efectiva, puesto que según ESTEVE, venía a corregir las deficiencias de las redacciones anteriores,

¹⁸⁶³ Artículo 25 de la LPI según la redacción de la Ley 43/1994:

“1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de la Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras explotadas públicamente en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en la letra b) del apartado 4 del presente artículo, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejen de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

2. Esa remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador.

4. En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1 del artículo 25 de la presente Ley serán:

a) Deudores: los fabricantes en España, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y materiales que permitan alguna de las modalidades de reproducción previstas en el apartado 1 de este artículo.

Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y materiales, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 13, 14 y 19 del presente artículo.

b) Acreedores: los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1 de este artículo, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.

5. El importe de la remuneración que deberá satisfacer cada deudor será el resultante de la aplicación de las siguientes cantidades:

a) Equipos o aparatos de reproducción de libros:

- 7.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto.*
- 22.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto.*
- 30.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto.*

- 37.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 50 copias por minuto en adelante.

b) Equipos o aparatos de reproducción de fonogramas: 100 pesetas por unidad de grabación.

c) Equipos o aparatos de reproducción de videogramas: 1.100 pesetas por unidad de grabación.

d) Materiales de reproducción sonora: 30 pesetas por hora de grabación o 0,50 pesetas por minuto de grabación.

e) Materiales de reproducción visual o audiovisual: 50 pesetas por hora de grabación o 0,833 pesetas por minuto de grabación.

6. Quedan exceptuados del pago de la remuneración:

a) Los productores de fonogramas o de videogramas y las entidades de radiodifusión, por los equipos, aparatos o materiales destinados al uso de su actividad siempre que cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de tal actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante certificación de la entidad o Entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español.

b) Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio.

7. El derecho de remuneración a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se hará efectivo a través de las Entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

8. Cuando concurren varias Entidades de gestión en la administración de una misma modalidad de remuneración, éstas podrán actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la percepción del derecho en juicio y fuera de él, conjuntamente y bajo una sola representación, siendo de aplicación a las relaciones entre dichas entidades las normas que rigen la comunidad de bienes. Asimismo, en este caso, las Entidades de gestión podrán asociarse y constituir, conforme a la legalidad vigente, una persona jurídica a los fines expresados.

9. Las Entidades de gestión de los acreedores comunicarán al Ministerio de Cultura el nombre o denominación y el domicilio de la representación única o de la asociación que, en su caso, hubieren constituido. En este último caso, presentarán además la documentación acreditativa de la constitución de dicha asociación, con una relación individualizada de sus entidades miembros, en la que se indique el nombre y domicilio de las mismas.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación a cualquier cambio en la persona de la representación única o de la asociación constituida, en sus domicilios y en el número y calidad de las Entidades de gestión, representadas o asociadas, así como en el supuesto de modificación de los estatutos de la asociación.

10. El Ministerio de Cultura ejercerá el control de la entidad o Entidades de gestión o, en su caso, de la representación o asociación gestora de la percepción del derecho, en los términos previstos en el artículo 144 de la Ley, y publicará, en su caso, en el «Boletín Oficial del Estado» una relación de las entidades representantes o asociaciones gestoras con indicación de sus domicilios, de la respectiva modalidad de la remuneración en la que operen y de las Entidades de gestión representadas o asociadas. Esta publicación se efectuará siempre que se produzca una modificación en los datos reseñados.

A los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley, la entidad o Entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora que hubieren constituido estarán obligadas a presentar al Ministerio de Cultura, los días 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, relación pormenorizada de las declaraciones-liquidaciones así como de los pagos efectuados a que se refiere el apartado 12 de este artículo, correspondientes al semestre natural anterior.

11. La obligación de pago de la remuneración nacerá en los siguientes supuestos:

a) Para los fabricantes y para los adquirentes de equipos, aparatos y materiales fuera del territorio español con destino a su distribución comercial en el mismo, en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquéllos.

b) Para los adquirentes de equipos, aparatos y materiales fuera del territorio español con destino a su utilización dentro de dicho territorio, desde el momento de su adquisición.

12. Los deudores mencionados en la letra a) del apartado 11 de este artículo presentarán a la entidad o Entidades de gestión correspondientes o, en su caso, a la representación o asociación mencionadas en los apartados 7 a 10, ambos inclusive, del mismo, dentro de los treinta días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades y características técnicas, según se especifica en el apartado 5 de este artículo, de los equipos, aparatos y materiales respecto de los cuales haya nacido la obligación de pago de la remuneración durante dicho trimestre. Con el mismo detalle, deducirán las cantidades correspondientes a los

puesto que: a) convertía los distribuidores, mayoristas y minoristas de los equipos y materiales de reproducción en responsables solidarios junto con los fabricantes e importadores de tales equipos, que seguían siendo los deudores legales (art. 25.4.a); b) obligaba a estos deudores legales a

equipos, aparatos y materiales destinados fuera del territorio español y las correspondientes a los exceptuados en virtud de lo establecido en el apartado 6 de este artículo.

Los deudores aludidos en la letra b) del apartado 11 del presente artículo harán la presentación de la declaración-liquidación expresada en el párrafo anterior, dentro de los cinco días siguientes al nacimiento de la obligación.

13. Los distribuidores, mayoristas y minoristas a que se refiere el segundo párrafo de la letra a) del apartado 4 de este artículo, deberán cumplir la obligación prevista en el párrafo primero del apartado 12 del presente artículo respecto de los equipos, aparatos y materiales adquiridos por ellos en territorio español, de deudores que no les hayan repercutido y hecho constar en factura la correspondiente remuneración.

14. El pago de la remuneración se llevará a cabo, salvo pacto en contrario:

a) Por los deudores mencionados en la letra a) del apartado 11, dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de la declaración-liquidación a que se refiere el párrafo primero del apartado 12.

b) Por los demás deudores y por los distribuidores, mayoristas y minoristas, en relación con los equipos, aparatos y materiales a que se refiere el apartado 13 de este artículo, en el momento de la presentación de la declaración-liquidación, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 19 del mismo.

15. Los deudores y, en su caso, los responsables solidarios se considerarán depositarios de la remuneración devengada hasta el efectivo pago de la misma conforme establece el apartado 14 anterior.

16. A efectos de control de pago de la remuneración, los deudores mencionados en la letra a) del apartado 11 de este artículo deberán figurar separadamente en sus facturas el importe de aquélla, del que harán repercusión a sus clientes y retendrán para su entrega conforme a lo establecido en el apartado 14.

17. Las obligaciones relativas a las facturas y a la repercusión de la remuneración a los clientes, establecidas en el apartado anterior, alcanzarán a los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores. También deberán cumplir las obligaciones de retener y entregar previstas en dicho apartado, en el supuesto contemplado en el apartado 13.

18. En ningún caso, los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores, aceptarán de sus respectivos proveedores el suministro de equipos, aparatos y materiales sometidos a la remuneración si no vienen facturados conforme a lo dispuesto en los apartados 16 y 17 del presente artículo.

19. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el importe de la remuneración no conste en factura, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la remuneración devengada por los equipos, aparatos y materiales que comprenda, no ha sido satisfecha.

20. En el supuesto indicado en el apartado que antecede y en cualquier otro de impago de la remuneración, la entidad o Entidades de gestión, o, en su caso, la representación o asociación gestora, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que les asistan, podrá solicitar del Juez, por el procedimiento establecido en el artículo 127 de esta Ley, el embargo de los correspondientes equipos, aparatos y materiales. Los bienes así embargados quedarán afectos al pago de la remuneración reclamada y de la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

21. Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o Entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la remuneración y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20, ambos inclusive, del presente artículo. En consecuencia, facilitarán los datos y documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas.

22. La entidad o Entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, y las propias entidades representadas o asociadas, deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en el apartado 21.

23. El Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y materiales exceptuados del pago de la remuneración, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado; la distribución de la remuneración en cada una de dichas modalidades entre las categorías de acreedores, a fin de que los distribuyan, a su vez, entre éstos, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 139 de la presente Ley».

presentar una declaración/liquidación trimestralmente a las Entidades de gestión encargadas de recaudar y distribuir la compensación equitativa entre los titulares de derechos de reproducción (art. 25.12 LPI); c) introdujo medidas cautelares agresivas en caso de impago de lo recaudado por parte de los fabricantes e importadores (así como de los responsables solidarios arriba reseñados) (art. 25.20 LPI); y d) otorgaba a las Entidades de gestión la capacidad de supervisar el proceso de recaudación ¹⁸⁶⁴. Es decir, la reforma endureció las consecuencias legales sancionadoras en caso de incumplimiento de la norma por parte sus destinatarios, y asimismo aseguró que tal incumplimiento se pudiera detectar con mayor facilidad; lo cual, como en el caso de cualquier norma jurídica declarativa, conduce indefectiblemente a su efectividad real. Consecuentemente, la reforma provocó que al año y medio de su implantación la recaudación en concepto de canon hubiera aumentado un 50% con respecto a lo recaudado anualmente desde la reforma operada en 1992. En la parte negativa, quizá otorgó a las Entidades de gestión facultades recaudatorias cuasi-publicanas que, aunque necesarias para el buen funcionamiento de la institución en la era analógica, contribuyeron en la era digital a que se extendiera entre los ciudadanos españoles una percepción muy negativa sobre ellas. Además eventualmente, al extenderse el ámbito de actuación del límite de copia privada, y simultáneamente al aplicarse “*de facto*” un canon indiscriminado que provocó recaudaciones astronómicas que enriquecieron sustancialmente a algunas Entidades de gestión (puesto que percibían un porcentaje de lo recaudado), y que generaron asimismo en gran parte los casos de (cuando menos) mala gestión de sus ingentes recursos por parte de sus responsables de los que hablamos en su momento ¹⁸⁶⁵.

ESTEVE nos advierte que “*Es importante destacar que cuando la Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual introdujo en el art. 25 los equipos y aparatos destinados a copiar sobre los que quedaba establecido el canon, introdujo una descripción aséptica de los mismos, es decir, la ley no se refería expresamente a los equipos y soportes analógicos, pero es evidente que cuando se formuló esta redacción del art. 25 LPI se*

¹⁸⁶⁴ ESTEVE PARDO, MARÍA ASUNCIÓN, *El canon por copia privada*, Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual, Enero 2007.

¹⁸⁶⁵ Aunque no podemos profundizar en este punto por razones de espacio, cabe señalar que el AMLPI 2013 reduce enormemente el poder de las Entidades de gestión, ya de por sí considerablemente mermada por cuanta de la desaparición del canon digital y la consecuente disminución de su recaudación, estableciendo un control férreo sobre sus actividades y la gestión de sus recursos, además de establecer un régimen de responsabilidad severo para sus responsables por cuenta de la irregularidad en el ejercicio de sus funciones.

*estaba pensando en equipos y soportes analógicos”*¹⁸⁶⁶. No obstante, como comprobará el lector que desee hacerlo, ni las redacciones del artículo 25 de la LPI emanada de Ley 20/1992, ni la surgida de la Ley 43/1994 realizaban mención alguna a la copia digital, aunque ambas ya excluían de la compensación equitativa los programas de ordenador (la redacción de la Ley 20/1992 en el art. 25.2 de la LPI, y la de la Ley 43/1994 en el artículo 25.3 respectivamente), lo cual hace pensar que el legislador tenía al menos en mente la existencia de la copia digital. No obstante el propio TS específicamente reconoce que “*No es hasta la Ley 23/2006, de 7 de julio, cuando el Legislador nacional regula de forma expresa la compensación equitativa y única para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales*”¹⁸⁶⁷.

La Ley 23/2006 fue desarrollada por la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción. Es de esta reforma, como sabemos de la que surge el artículo 25 de la LPI¹⁸⁶⁸, que ha estado vigente hasta que fue derogado por el RD 20/2011, que

¹⁸⁶⁶ Ídem.

¹⁸⁶⁷ STS 321/2011, sala 1ª de lo Civil, de 22 de junio de 2012. Fundamento de Derecho 28.

¹⁸⁶⁸ Como prometimos en su momento, esta es la redacción del artículo 25 de la LPI según redacción emanada de la Ley 23/2006:

“1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

2. Esa compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador ni a las bases de datos electrónicas.

4. En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1, serán:

a) Deudores: Los fabricantes en España, en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y soportes materiales previstos en el apartado 2.

Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y soportes materiales, responderán del pago de la compensación solidariamente con los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la compensación y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 14, 15 y 20.

b) Acreedores: Los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.

5. Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción analógicos, el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el resultante de la aplicación de las siguientes cantidades:

a) Para equipos o aparatos de reproducción de libros o publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros:

1.º 15,00 euros por equipo o aparato con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto.

2.º 121,71 euros por equipo o aparato con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto.

3.º 162,27 euros por equipo o aparato con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto.

4.º 200,13 euros por equipo o aparato con capacidad de copia desde 50 copias por minuto en adelante.

b) Para equipos o aparatos de reproducción de fonogramas: 0,60 euros por unidad de grabación.

c) Para equipos o aparatos de reproducción de videogramas: 6,61 euros por unidad de grabación.

d) Para soportes materiales de reproducción sonora: 0,18 euros por hora de grabación o 0,003005 euros por minuto de grabación.

e) Para soportes materiales de reproducción visual o audiovisual: 0,30 euros por hora de grabación o 0,005006 euros por minuto de grabación.

6. Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el que se apruebe conjuntamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, conforme a las siguientes reglas:

1.ª Con carácter bienal, a partir de la última revisión administrativa, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio publicarán en el «Boletín Oficial del Estado» y comunicarán a las Entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y a las asociaciones sectoriales, identificadas por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que representen mayoritariamente a los deudores a los que se refiere el apartado 4, el inicio del procedimiento para la determinación de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago por la compensación equitativa por copia privada, así como para la determinación, en su caso, de las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto a los acreedores.

La periodicidad bienal de las revisiones administrativas a las que se refiere el párrafo anterior podrá reducirse mediante acuerdo de los dos ministerios citados. Dicha modificación deberá tener en cuenta la evolución tecnológica y de las condiciones del mercado.

2.ª Una vez realizada la publicación a que se refiere la regla anterior, las partes interesadas referidas en ella dispondrán de cuatro meses para comunicar a los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio los acuerdos a los que hayan llegado como consecuencia de sus negociaciones o, en su defecto, la falta de tal acuerdo.

3.ª Los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses, contado desde la comunicación o desde el agotamiento del plazo referidos en la regla anterior, establecerán, mediante orden conjunta, la relación de equipos, aparatos y soportes materiales, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y, en su caso, la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción de libros, de sonido y visual o audiovisual, previa consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda. Dicha orden ministerial conjunta tendrá que ser motivada en el caso de que su contenido difiera del acuerdo al que hayan llegado las partes negociadoras. En tanto no se apruebe esta orden ministerial se prorrogará la vigencia de la anterior.

4.ª Las partes negociadoras dentro del proceso de negociación y, en todo caso, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior, deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

a) El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago.

b) El grado de uso de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1.

c) La capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos y soportes materiales.

d) La calidad de las reproducciones.

e) La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 161.

f) El tiempo de conservación de las reproducciones.

g) Los importes correspondientes de la compensación aplicables a los distintos tipos de equipos y aparatos deberán ser proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos.

7. Quedan exceptuados del pago de la compensación:

a) Los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de su actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante una certificación de la entidad o de las Entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español.

b) Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6 sin que en ningún caso pueda extenderse esta exclusión a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción.

c) Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y soportes materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio.

d) Asimismo, el Gobierno, mediante real decreto, podrá establecer excepciones al pago de esta compensación equitativa y única cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción prevista en el artículo 31.2.

8. La compensación equitativa y única a que se refiere el apartado 1 se hará efectiva a través de las Entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

9. Cuando concurren varias Entidades de gestión en la administración de una misma modalidad de compensación, éstas podrán actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la percepción de la compensación equitativa y única en juicio y fuera de él, conjuntamente y bajo una sola representación; a las relaciones entre dichas entidades se les aplicarán las normas que rigen la comunidad de bienes. Asimismo, en este caso, las Entidades de gestión podrán asociarse y constituir, conforme a la legalidad vigente, una persona jurídica a los fines expresados.

10. Las Entidades de gestión de los acreedores comunicarán al Ministerio de Cultura el nombre o denominación y el domicilio de la representación única o de la asociación que, en su caso, hubieran constituido. En este último caso, presentarán, además, la documentación acreditativa de la constitución de dicha asociación, con una relación individualizada de sus entidades miembros, en la que se indique su nombre y su domicilio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación a cualquier cambio en la persona de la representación única o de la asociación constituida, en sus domicilios y en el número y calidad de las Entidades de gestión, representadas o asociadas, así como en el supuesto de modificación de los estatutos de la asociación.

11. El Ministerio de Cultura ejercerá el control de la entidad o de las Entidades de gestión o, en su caso, de la representación o asociación gestora de la percepción del derecho, en los términos previstos en el artículo 159, y publicará, en su caso, en el "Boletín Oficial del Estado" una relación de las entidades representantes o asociaciones gestoras con indicación de sus domicilios, de la respectiva modalidad de la compensación en la que operen y de las Entidades de gestión representadas o asociadas. Esta publicación se efectuará siempre que se produzca una modificación en los datos reseñados.

A los efectos previstos en el artículo 159, la entidad o las Entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora que hubieran constituido estarán obligadas a presentar al Ministerio de Cultura, los días 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, relación pormenorizada de las declaraciones-liquidaciones, así como de los pagos efectuados a que se refiere el apartado 13, correspondientes al semestre natural anterior.

12. La obligación de pago de la compensación nacerá en los siguientes supuestos:

a) Para los fabricantes en tanto actúen como distribuidores y para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su distribución comercial en éste, en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquéllos.

b) Para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su utilización dentro de dicho territorio, desde el momento de su adquisición.

13. Los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12 presentarán a la entidad o a las Entidades de gestión correspondientes o, en su caso, a la representación o asociación mencionadas en los apartados 8 a 11, ambos inclusive, dentro de los 30 días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades, capacidad y características técnicas, según se especifica en el apartado 5 y en la orden ministerial a la que se refiere el apartado 6, de los equipos, aparatos y soportes materiales respecto de los

cuales haya nacido la obligación de pago de la compensación durante dicho trimestre. Con el mismo detalle, deducirán las cantidades correspondientes a los equipos, aparatos y soportes materiales destinados fuera del territorio español y a las entregas exceptuadas en virtud de lo establecido en el apartado 7.

Los deudores aludidos en el párrafo b) del apartado 12 harán la presentación de la declaración-liquidación expresada en el párrafo anterior dentro de los cinco días siguientes al nacimiento de la obligación.

14. Los distribuidores, mayoristas y minoristas a que se refiere el segundo párrafo del apartado 4.a) deberán cumplir la obligación prevista en el párrafo primero del apartado 13 respecto de los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos por ellos en territorio español, de deudores que no les hayan repercutido y hecho constar en la factura la correspondiente compensación.

15. El pago de la compensación se llevará a cabo, salvo pacto en contrario:

a) Por los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12, dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de la declaración-liquidación a que se refiere el párrafo primero del apartado 13.

b) Por los demás deudores y por los distribuidores, mayoristas y minoristas, en relación con los equipos, aparatos y soportes materiales a que se refiere el apartado 14, en el momento de la presentación de la declaración-liquidación, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 20.

16. Los deudores y, en su caso, los responsables solidarios se considerarán depositarios de la compensación devengada hasta el efectivo pago de ésta, conforme establece el apartado 15 anterior.

17. A los efectos de control de pago de la compensación, los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 12 deberán figurar separadamente en sus facturas el importe de aquélla, del que harán repercusión a sus clientes y retendrán, para su entrega conforme a lo establecido en el apartado 15.

18. Las obligaciones relativas a las facturas y a la repercusión de la compensación a los clientes, establecidas en el apartado anterior, alcanzarán a los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores. También deberán cumplir las obligaciones de retener y entregar previstas en dicho apartado, en el supuesto previsto en el apartado 14.

19. En ningún caso, los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores, aceptarán de sus respectivos proveedores el suministro de equipos, aparatos y soportes materiales sometidos a la compensación si no vienen facturados conforme a lo dispuesto en los apartados 17 y 18.

20. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el importe de la compensación no conste en factura, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la compensación devengada por los equipos, aparatos y soportes materiales que comprenda no ha sido satisfecha.

21. En el supuesto indicado en el apartado que antecede y en cualquier otro de impago de la compensación, la entidad o las Entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que les asistan, podrán solicitar del tribunal la adopción de las medidas cautelares procedentes conforme a lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y, en concreto, el embargo de los correspondientes equipos, aparatos y soportes materiales. Los bienes así embargados quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

22. Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o Entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la compensación y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 13 a 21, ambos inclusive. En consecuencia, facilitarán los datos y la documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas.

23. La entidad o Entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, y las propias entidades representadas o asociadas, deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en el apartado 22.

24. El Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y soportes materiales exceptuados del pago de la compensación, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinan, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado; y la distribución de la compensación en cada una de dichas modalidades entre las categorías de acreedores, a fin de que los distribuyan, a su vez, entre éstos, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 154.

En todo caso, las Entidades de gestión deberán comunicar al Ministerio de Cultura los criterios detallados de distribución entre sus miembros de las cantidades recaudadas en concepto de compensación por copia privada.

25. El Gobierno podrá modificar por vía reglamentaria lo establecido en los apartados 13 a 21”.

terminaba definitivamente con el sistema de canon digital. La reforma efectivamente diferenciaba entre la compensación equitativa derivada de la realización de copias digitales y analógicas, ya que el régimen de estas últimas se establecía en el artículo 25.5 de la LPI.

La redacción emanada de la Ley 23/2006 provocó la conversión del antes denominado derecho de remuneración por copia privada en la actual compensación equitativa por copia privada. Tradicionalmente se había considerado esta como un derecho de remuneración de los autores y titulares asimilados legalmente, e incluso algunos autores habían apuntado su carácter de exacción parafiscal¹⁸⁶⁹. Así FALCÓN Y TELLA opinaba que *“el canon (analógico y digital) difícilmente puede configurarse como un tributo en sentido estricto, dado que no lo percibe un ente público, sino que se trata de una compensación entre particulares, que como tal debe reconducirse al ámbito de las exacciones parafiscales. Como es sabido, aunque el término «parafiscal» tiene muy diversas acepciones, en general designa todas las prestaciones que están formalmente fuera del tributo (es decir, no se les aplica el régimen general de los tributos) y reúnen estas tres características: coactividad, extrapresupuestariedad y afectación, como es el caso de las cotizaciones a la seguridad social, arancel de registradores y notarios (e históricamente también de la oficina judicial), cuotas abonadas a Colegios profesionales, cuotas a las Cámaras de Comercio (e históricamente a las Cámaras de la Propiedad, a las Cámaras agrarias...), etc.”*¹⁸⁷⁰. No obstante, el TS descartó en su día expresamente este extremo: *“La naturaleza jurídica de la remuneración compensatoria no es la propia de una exacción parafiscal, Al faltar en ella el carácter contributivo, su destino a la financiación de gastos públicos por necesidades colectivas, que sería necesario para la afirmación contraria”*¹⁸⁷¹. En la misma sentencia, el TS asimismo

¹⁸⁶⁹ Definición de exacciones parafiscales: *“Ingresos recaudados por el Estado a través de Organismos autónomos con cierta autonomía financiera que no figuran en los Presupuestos Generales del Estado. Participan de la naturaleza de los impuestos cuando se exigen sin especial consideración a servicios o actos de la Administración que benefician o afectan al sujeto pasivo. Se hallan integrados por tasas, derechos, arbitrios, cánones, etcétera. En aplicación de los principios de legalidad e integración presupuestaria, estos tributos y exacciones parafiscales se han ido eliminando progresivamente a partir de 1958”*. Fuente. <http://www.economia48.com/spa/d/exacciones-parafiscales/exacciones-parafiscales.htm> (consultado por última vez el 8 de junio de 2012).

¹⁸⁷⁰ FALCÓN Y TELLA, RAMÓN. *El llamado “canon por derechos de autor” (copyright levy) o compensación equitativa por copia privada. (I): antecedentes y configuración en la Ley 23/2006, de 7 de Julio. Quincena Fiscal nº 15/16 (Septiembre 2006); (II): Naturaleza jurídica, reserva de ley y otros problemas de constitucionalidad. Quincena Fiscal nº 17 (Octubre 2006).*

¹⁸⁷¹ STS de 10 de febrero de 1997 (Tol 19445). Así nos lo cuenta ESTEVE. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN. (2009). *Otros derechos de explotación: el derecho de compensación equitativa por copia privada. «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch. (NF). Pág. 186.

señaló expresamente que estaríamos hablando de una “obligación de naturaleza jurídico-civil, dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual, de naturaleza jurídico-privada por tanto, dejados de percibir por razón de la reproducción para uso privado del copista que la Ley permite sin autorización del autor (artículo 31.2), es decir, a compensar una ganancia dejada de obtener, de la que son acreedores los autores de obras publicadas en forma de libros o publicaciones asimiladas a estos, de fonogramas, videogramas o en cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual, y, en sus respectivos casos, los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas” ¹⁸⁷².

Por tanto estaríamos hablando de una obligación jurídico-civil de naturaleza privada. Sin embargo, al investigar para este trabajo, me di cuenta de que gran parte de la mejor doctrina seguía utilizando insistentemente el término “remuneración” al referirse a la compensación equitativa. Así BERCOVITZ incluía la compensación equitativa entre los derechos de remuneración ¹⁸⁷³, y al intentar definirla explicaba que: “se trata de un mecanismo de remuneración a favor de los autores y otros titulares de la propiedad intelectual para compensar los perjuicios sufridos por los mismos a causa de la LPI de realización de copias para uso privado del copista” ¹⁸⁷⁴. LÓPEZ MAZA, por su parte, hacía otro tanto: “Este derecho se ha establecido con el objeto de aminorar los efectos negativos de la copia privada de obras y prestaciones protegidas [...] Les permite obtener una remuneración equitativa para compensar los ingresos dejados de percibir como consecuencia de la copia masiva de sus obras y prestaciones” ¹⁸⁷⁵. Y otro tanto hacía asimismo DELGADO PORRAS, puesto que al explicar que la naturaleza jurídica de la compensación equitativa era la de una licencia legal indirecta, hablaba reiteradamente de remuneración ¹⁸⁷⁶. ¿Por qué?

¹⁸⁷² STS de 10 de febrero de 1997 (Tol 19445).

¹⁸⁷³ Así la consideraba por ejemplo BERCOVITZ, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*. Coordinado por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Editorial Tirant lo Blanch. 2006. Pág. 25.

¹⁸⁷⁴ Ídem. Pág. 147.

¹⁸⁷⁵ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 246.

¹⁸⁷⁶ “La Ley respecto de las copias para uso personal o privado del copista, sustituye al titular del derecho exclusivo en la concesión de la necesaria autorización, si bien subordinando la efectividad de esa autorización al pago de una remuneración equitativa, esta remuneración es el canon comentado; ahora bien, dado que la remuneración se satisface, no por el verdadero copista, sino por el fabricante o importador de los equipos y materiales que hacen posible la reproducción, y teniendo en cuenta también que el beneficiario de la autorización es en cambio el copista, adquirente de dichos materiales o equipos, es evidente que se trata de una licencia legal indirecta, por cuanto sus

Además, incluso el primer Anteproyecto de la Ley 23/2006 seguía utilizando el término “remuneración equitativa”, en lugar de transcribir directamente la fórmula “compensación equitativa”, que era la utilizada por el artículo 5.2 b) de la DDASI, y sólo tras un Dictamen del Consejo de Estado se terminó por sustituir la una por la otra. Precisamente este Dictamen del Consejo de Estado ¹⁸⁷⁷ (en adelante DCE L. 23/2006) nos arroja alguna luz sobre la diferencia entre los términos “compensación” y “remuneración”:

“De ahí que, desde el punto de vista jurídico, la noción de "compensación" es distinta del concepto de "remuneración". En efecto, la remuneración es el pago por una contraprestación o adquisición de un derecho, mientras que la compensación es el restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero” ¹⁸⁷⁸ .

Y.

“Pese a tan claras manifestaciones de la Comisión Europea, el anteproyecto de Ley sometido a consulta ha optado por continuar con el sistema de remuneración equitativa previsto en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, que establece un sistema de cánones o cotizaciones fijos, con independencia del daño efectivamente causado, que sería lo propio de un sistema de compensación equitativa. Y ello a pesar de que el considerando 35 de la Directiva 2001/29/CE, señala con claridad que «a la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto», y «un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos», hasta el punto de que «determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago»” ¹⁸⁷⁹ .

efectos se trasladan “ope legis” del fabricante o importador de los soportes o aparatos al citado adquirente, que efectuará legítimamente la copia en ejercicio de la autorización obtenida por el primero” DELGADO PORRAS, ANTONIO, «La copia privada en España», RIDA, núm. 145, julio 1990. Pág. 50.

¹⁸⁷⁷ Dictamen el Consejo de Estado nº 187/2005, aprobado el 10 de marzo de 2005.

¹⁸⁷⁸ Ídem.

¹⁸⁷⁹ Ídem.

Sin embargo, aunque se operó la sustitución en la terminología conforme al DCE L. 23/2006, MARÍN LÓPEZ sostiene que el cambio en la denominación no pasó de ser meramente formal¹⁸⁸⁰. La sustitución de un término por otro constituyó entonces una respuesta desganada al DCE L. 23/2006, puesto que, como nos explica el autor reseñado, el Legislador no realizó modificación alguna al sistema previsto con anterioridad al DCE L. 23/2006 más allá del cambio de nomenclatura de “*remuneración equitativa*” por “*compensación equitativa*”¹⁸⁸¹. Sin embargo, algunos autores, como por ejemplo GÓNZALEZ, entienden que este cambio de nomenclatura sí que tendría una significación real (y sustancial) puesto que afecta a la propia naturaleza jurídica de la compensación equitativa¹⁸⁸².

Y es que si tomamos como referencia el DCE L. 23/2006, que un sistema de remuneración equitativa es el que establece “*un sistema de cánones o cotizaciones fijos, con independencia del daño efectivamente causado*”, y que sería lo propio de un sistema de remuneración equitativa el “*pago por una contraprestación o adquisición de un derecho*”; mientras que como expone el DCE L. 23/2006, en un sistema de compensación equitativa, tomando como referencia el Considerando 35 de la DDASI, “*«a la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto», y «un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos»*”, puesto que el objeto único de la compensación equitativa es el “*restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero*”. Si esto es así, habremos de concluir que denominara como denominara el artículo 25 de la LPI, según la redacción dada por la Ley 23/2006, al sistema de canon digital, lo que este proponía era un sistema de remuneración equitativa puro para las copias privadas analógicas en todo caso, y para las digitales durante el periodo 2006-2008; y un sistema de remuneración equitativa encubierto desde el año 2008 hasta el momento de la derogación del

¹⁸⁸⁰ MARIN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007.

¹⁸⁸¹ MARIN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007. Pág. 36.

¹⁸⁸² “*Lejos de ser un simple cambio de nomenclatura sin consecuencias de orden práctico para el reconocimiento y ejercicio del canon de copia privada, la modificación es sustancial, porque refuerza la estrecha relación entre la compensación económica y el daño efectivamente causado a los titulares por ese tipo de reproducciones*”. GÓNZALEZ, AGUSTÍN, *La compensación equitativa por copia privada digital en la ley 23/2006, de 7 de julio*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº15 2006. Pág. 38.

sistema por la Disposición Adicional Décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre. Me explico:

Si consideramos el sistema de retribución a los titulares de derechos de reproducción por cuenta de la realización de copias analógicas, no cabe duda que nos hallamos ante un sistema ante remuneración equitativa, dado que tanto la lista de equipos y soportes gravados, como la cuantía del gravamen se encuentran precisados en el propio texto legal (concretamente en el artículo 25.5 de la LPI¹⁸⁸³). En cuanto a la copia digital, la lista de aparatos y soportes gravados, así como la cuantía de tal gravamen, se establecía en la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006¹⁸⁸⁴,

¹⁸⁸³ De hecho los aparatos y soportes que aparecían en el artículo 25.5 son los mismos que los gravados por el sistema de remuneración que establecía la Ley 20/1992 de 7 de julio; y sólo varía el importe de la cuantía de su gravamen.

¹⁸⁸⁴ Ley 23/2006. Disposición transitoria única. Compensación equitativa por copia privada.

“1. Por lo que se refiere a los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, y hasta que se apruebe la orden ministerial a que se refiere la regla 3.ª del apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la compensación aplicable será la establecida en los acuerdos suscritos entre las Entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones representativas de los deudores del pago por copia privada, en los siguientes términos, que serán de general aplicación:

a) Para equipos o aparatos digitales de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros:

1.º Escáneres o equipos monofunción que permitan la digitalización de documentos: 9 euros por unidad.

2.º Equipos multifuncionales de sobremesa con pantalla de exposición cuyo peso no supere los 17 kilos y la capacidad de copia no sea superior a 29 copias por minuto, capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner: 15,00 euros por unidad.

3.º Equipos o aparatos con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto: 15,00 euros por unidad.

4.º Equipos o aparatos con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto: 121,71 euros por unidad.

5.º Equipos o aparatos con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto: 162,27 euros por unidad.

6.º Equipos o aparatos con capacidad de copia desde 50 copias por minuto en adelante: 200,13 euros por unidad.

b) Para equipos o aparatos digitales de reproducción de fonogramas: 0,60 euros por unidad de grabación.

c) Para equipos o aparatos digitales de reproducción de videogramas: 6,61 euros por unidad de grabación.

d) Para soportes materiales digitales específicos de reproducción sonora, como discos o minidiscos compactos para audio o similares, sean o no regrabables: 0,35 euros por hora de grabación o 0,006 euros por minuto de grabación.

e) Para soportes materiales digitales específicos de reproducción visual o audiovisual, como discos versátiles para vídeo o similares, sean o no regrabables: 0,70 euros por hora de grabación o 0,011667 euros por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale a 2,35 gigabytes.

f) Para soportes materiales de reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual:

1.º Discos compactos, sean o no regrabables o similares: 0,16 euros por hora de grabación o 0,002667 euros por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale a 525,38 megabytes.

2.º Discos versátiles, sean o no regrabables o similares: 0,30 euros por hora de grabación o 0,011667 por minuto de grabación. A estos efectos, se entenderá que una hora de grabación equivale a 2,35 gigabytes.

al menos hasta que se aprobara la futura Orden Ministerial que habría de desarrollarse de acuerdo a las especificaciones del artículo 25.6 de la LPI.

Además, a esto hay que añadir las peculiaridades que impusieron las peculiaridades de la realidad española, ya que de nuevo las partes representantes de los distintos sectores implicados ¹⁸⁸⁵ no fueron capaces de llegar a un acuerdo ni respecto a cuales iban a ser los aparatos y soportes sujetos al canon, ni sobre su propia cuantía. Las partes negociadoras habrían tenido que tomar como referencia los criterios enumerados en el artículo 25.6 4º) de la LPI según redacción de la Ley 23/2006, y llegar a un acuerdo tras los cuatro meses previstos de plazo subsecuentes al 28 de agosto de 2006, fecha de la publicación en el BOE de la Ley 23/2006 ¹⁸⁸⁶. Estaba previsto en la propia Ley que de no producirse tal acuerdo, el Gobierno, a través de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio debía asumir la tarea de aprobar la Orden Ministerial; cosa que no hizo hasta el 18 de junio de 2008. La regulación del artículo 25 de la LPI otorgaba al Gobierno la última palabra en cuanto al contenido final de la Orden Ministerial, encontrándose incluso legalmente habilitado para contradecir el hipotético acuerdo al que hubieren llegado las partes, ya que el artículo 25.6 3ª) de la LPI indicaba expresamente que “*dicha orden ministerial conjunta [De ambos Ministerios] tendrá que ser motivada en el caso de que su contenido difiera del acuerdo al que hayan llegado las partes negociadoras*”. El que el punto tercero de la Disposición Transitoria Única dotara de efectos retroactivos a la lista de aparatos soportes gravados por el canon de la cuantía de gravamen, no fue óbice para que se ignorara esta norma ¹⁸⁸⁷, y así la lista

3.º A los efectos de su posterior distribución entre los distintos acreedores de las cantidades a que se refieren los párrafos 1.º y 2.º, se considerará que en los discos compactos el 87,54 por ciento corresponde a reproducción sonora y un 12,46 por ciento a reproducción visual o audiovisual, y en los discos versátiles el 3,43 por ciento corresponde a reproducción sonora y el 96,57 por ciento corresponde a reproducción visual o audiovisual.

2. Los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio iniciarán las actuaciones previstas en la regla 1.ª del apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en el plazo máximo de un mes, contado desde la entrada en vigor de esta Ley.

3. La primera Orden Ministerial que se dicte en aplicación de lo previsto en el apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual tendrá efectos a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley.”

¹⁸⁸⁵ Representando a los titulares de derechos las ocho Entidades de gestión, Representando a los deudores legales dos asociaciones representativas de los fabricantes de aparatos o equipos digitales de grabación y de soportes digitales de grabación: AETIC (Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones de España), y ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones).

¹⁸⁸⁶ Ver. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 259 y ss.

¹⁸⁸⁷ LÓPEZ MAZA Identificaba dos razones por las cuales el Gobierno decidió ignorar la Ley: “Evitar así las dificultades de una retroacción, que supone en algunos casos, La devolución y, en otros, el pago de cantidades por equipos hasta ahora no sometidos a la compensación” y “La necesidad de dotar al sistema de la máxima seguridad jurídica. Pese a la provisionalidad del listado establecido por el legislador en la ley 23/2006 y ante la ausencia de

de aparatos soportes gravados, así como la cuantía del gravamen vigentes hasta el 18 de junio de 2008 terminaron por ser aquéllos previstos en la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006. Por tanto, hasta esta fecha no podemos estrictamente hablar sino de remuneración equitativa.

Pero es que además, tras la aprobación de la Orden Ministerial PRE/1743/2008 la situación no varió demasiado en el ámbito de la copia digital (en el ámbito de la copia analógica seguiríamos hablando en propiedad de remuneración equitativa, puesto que persiste la regulación prevista en el artículo 25.5 de la LPI, que prevé tanto los aparatos y soportes gravados y la cuantía del gravamen). Como hemos visto, los representantes de sectores implicados no consiguieron llegar a un acuerdo, con lo que fue el Gobierno quien finalmente asumió la obligación de llevar adelante la tarea de elaborar la lista de aparatos y soportes idóneos para reproducción digital que quedarían gravados por el canon digital, así como la cuantía del gravamen correspondiente a cada uno de estos aparatos y soportes. La regulación del canon digital elaborada por el Gobierno había variado bastante poco de aquella operada por la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006¹⁸⁸⁸,

elementos que justificara su revisión, un criterio de prudencia aconseja confirmar aquel y primar la seguridad jurídica". LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 258.

¹⁸⁸⁸ Lo siguiente es el Dispongo Primero de la Orden Ministerial PRE/1743/2008 que enumera los aparatos y soportes sujetos al gravamen y la cuantía del mismo. Con carácter informativo añadiremos en letra no cursiva los artículos declarados nulos de pleno derecho por sentencia AN (Sala de lo Contencioso-administrativo, 3ª) de 22 marzo 2011. (Utilizaremos el acrónimo NSAN):

"Equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada y las cantidades aplicables.

1. Los equipos, aparatos y soportes materiales digitales de reproducción sujetos al pago de la compensación, así como el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor por cada uno de ellos son los que se indican a continuación:

a) Para los equipos o aparatos digitales de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros:

1. Equipos multifuncionales de sobremesa, de inyección de tinta, con pantalla de exposición cuyo peso no supere los 17 kilos, capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner: 7,95 euros por unidad. Cuando supere el peso indicado será considerado como equipo o aparato con capacidad de copia y según su velocidad estándar de reproducción. [Número 1 de la letra a) del punto 1 del apartado primero NSAN].

2. Equipos multifuncionales láser de sobremesa con pantalla de exposición cuyo peso no supere los 17 kilos, capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner: 10,00 euros por unidad. Cuando supere el peso indicado será considerado como equipo o aparato con capacidad de copia y según su velocidad estándar de reproducción. [Número 2 de la letra a) del punto 1 del apartado primero NSAN].

3. Escáneres monofunción que permitan la digitalización de documentos: 9,00 euros por unidad. [Número 3 de la letra a) del punto 1 del apartado primero NSAN].

4. Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar de hasta 9 copias por minuto: 13,00 euros por unidad.

5. Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar desde 10 hasta 29 copias por minuto: 127,70 euros por unidad.

siendo bastante aproximada tanto en cuanto a la lista de aparatos y soportes gravados, como en cuanto a la cuantía de su gravamen. Es por ello la compensación equitativa surgida de la ley 23/2006 nunca lo fue más que en nombre, y que en España en realidad el canon de copia privada nunca dejó de ser una remuneración equitativa que se concedía por el Gobierno a los titulares de derechos de reproducción por la pérdida de control efectivo sobre sus obras en la Red, y en particular por la calificación de las descargas realizadas de redes P2P como reproducciones lícitas realizadas al amparo del límite de copia privada por la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado.

-
6. Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar desde 30 hasta 49 copias por minuto: 169,00 euros por unidad.
7. Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar desde 50 hasta 69 copias por minuto: 197,00 euros por unidad.
8. Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar de 70 o más copias por minuto: 227,00 euros por unidad.
- b) Para equipos o aparatos digitales de reproducción de videogramas, fonogramas y libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros, ya sean específicos o mixtos, salvo que estén incluidos en la letra h):
1. Grabadora de discos compactos específicos: 0,60 euros por unidad.
2. Grabadora de discos compactos mixtos: 0,60 euros por unidad. [Número 2 de la letra b) del punto 1 del apartado primero NSAN].
3. Grabadora de discos versátiles específicos: 3,40 euros por unidad
4. Grabadora de discos versátiles mixtos o de discos compactos y versátiles: 3,40 euros por unidad [Número 4 de la letra b) del punto 1 del apartado primero NSAN].
- c) Para discos compactos no regrabables: 0,17 euros por unidad.
- d) Para discos compactos regrabables: 0,22 euros por unidad.
- e) Para discos versátiles no regrabables: 0,44 euros por unidad.
- f) Para discos versátiles regrabables: 0,60 euros por unidad.
- g) Para memorias USB y otras tarjetas de memoria no integradas en otros dispositivos: 0,30 euros por unidad. [Letra g) del punto 1 del apartado primero NSAN].
- h) Para discos duros integrados o no en un equipo, idóneos para la reproducción de videogramas y fonogramas, entendiéndose por tales discos duros todos aquéllos que no estén afectados por la definición que a los efectos del 25.7.b) de la Ley de Propiedad Intelectual, se contiene en el punto 2 de este apartado: 12,00 euros por unidad.
- Los discos duros que estén integrados en equipos descodificadores de señales de televisión digital quedarán excluidos del pago de la compensación por copia privada durante el primer año de vigencia de esta Orden. Transcurrido dicho plazo, el importe a satisfacer en concepto de compensación equitativa por copia privada por estos equipos será de 12,00 euros por unidad.
- Letra h) del punto 1 del apartado primero declarada nula de pleno derecho por sentencia AN (Sala de lo Contencioso-administrativo, 3ª) de 22 marzo 2011, en lo referido a los discos duros integrados en descodificadores de señales de televisión digital.
- i) Para dispositivos reproductores de fonogramas, videogramas o de otros contenidos sonoros, visuales o audiovisuales en formato comprimido: 3,15 euros por unidad. [Letra i) del punto 1 del apartado primero NSAN].
- j) Para teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido: 1,10 euros por unidad. [Letra j) del punto 1 del apartado primero NSAN].

La Exposición de Motivos de la Orden Ministerial PRE/1743/2008 incluso preveía una estimación anual de la recaudación a tanto alzado ¹⁸⁸⁹ en concepto de compensación equitativa, estimación que terminó por quedarse bastante corta ante el total recaudado actual y anualmente por parte de las Entidades de Gestión ¹⁸⁹⁰. Incluso las cantidades previstas en la Orden Ministerial (ya no digamos las efectivamente recaudadas) resultaban manifiestamente excesivas si lo que de verdad se pretendía compensar es el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos de reproducción por la realización de copias privadas utilizando un concepto restrictivo del art. 31.2 de la LPI (es decir, que excluyera las descargas). Casi inmediatamente después de la aprobación de la Ley 23/2006, FALCÓN Y TELLÁ escribió el siguiente párrafo, con el cual no puede estar más de acuerdo:

“El canon se basa en una manifiesta hipocresía, porque la copia privada que se ampara en el art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, que ha de efectuarse «a partir de obras a las que se haya accedido legalmente», y exclusivamente para uso privado, no supone en realidad ningún daño apreciable ni a los autores ni a la industria. El daño viene de copias ilegales -que han de distinguirse claramente del legítimo ejercicio del derecho de copia privada-, que son las que en el fondo se pretenden gravar a través del canon, aunque no se reconozca así.

Por cierto, que ello tiene consecuencias importantes en la cuantía del canon (o al menos debería tenerlas), ya que si el mismo se configura legalmente como una retribución a tanto alzado por el derecho de copia privada, la cuantía recaudada no podrá exceder del importe en que razonablemente se estimen los perjuicios (menores ventas) que supone dicha copia privada, que como se ha dicho son muy reducidos. De manera que en el procedimiento de elaboración de la Orden Ministerial que fije el importe de las

¹⁸⁸⁹ Así la Exposición de Motivos de la Orden Ministerial PRE/1743/2008 señalaba preveía que: “Analizada la repercusión que el límite de copia privada tiene en nuestro país mediante el uso que del mismo hacen los ciudadanos en sus modos de consumo de las creaciones protegidas y la influencia que sobre estos modos ha tenido la aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías, se ha estimado que el perjuicio anual correspondiente a la modalidad de reproducción de obras divulgadas en forma de libros o y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros está comprendido entre 34.800.000 € y 37.200.000 €, y el correspondiente a la modalidad de reproducción de fonogramas u otros soportes sonoros y de reproducción visual o audiovisual es de está comprendido entre 75.400.000 € y 80.600.000 €. Dentro de esta horquilla se sitúa la compensación equitativa que las Entidades de gestión deben recaudar efectivamente. La compensación equitativa aplicable a cada uno de los equipos se calcula mediante una estimación de ventas de los mismos que puede diferir en la práctica de la venta efectiva que se produzca”.

¹⁸⁹⁰ Recordemos, unos 140 millones de Euros anuales en concepto de canon solo por la SGAE.

compensaciones deberán incorporarse los oportunos estudios económicos (aunque la Ley no lo prevé expresamente) que garanticen un adecuado equilibrio, y especialmente que el canon no se utiliza para compensar a los autores y a la industria de los daños que le provoca la piratería, pues tal cosa no respondería a la configuración legal de la exacción.”

1891 .

Por tanto, sostengo que el canon finalmente se terminó por calcular obviando las recomendaciones de FALCÓN TELLA, y tomando como referencia el daño causado a los titulares de derechos por cuenta de la realización de reproducciones no autorizadas a través de la Red, obligando a los usuarios respetuosos con la propiedad intelectual, e incluso a las personas jurídicas y administraciones públicas, a sufragar las “copias privadas” que según la circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado una parte (creciente) de los usuarios realizaban desde la redes P2P. Es decir, se calculaba el montante total del canon sobre las copias dejadas de vender, sobre las copias ilícitas sustitutivas del mercado lícito, y no sobre las copias privadas en el sentido canónico, cuyos perjuicios para los titulares de derechos de reproducción, como muy bien señalaba FALCÓN Y TELLA, resultaban en la práctica mínimos, puesto que de otra manera resulta imposible de explicar la divergencia entre los 140 millones de Euros recaudados por las Entidades de gestión en el momento de máximo esplendor del canon, y los cinco millones de Euros presupuestados por el Gobierno bajo el nuevo régimen para compensar tanto por las copias privadas analógicas como por las digitales. Esto es porque las copias privadas digitales realizadas al amparo de un concepto canónico del límite normalmente no son sustitutivas de las copias comercializadas en el mercado. Es por ello que en el marco del sistema anterior, no podríamos hablar de una compensación, sino de una indemnización en toda regla¹⁸⁹² . Afortunadamente, todo este entramado ha pasado a la

¹⁸⁹¹ FALCÓN Y TELLA, RAMÓN. *El llamado “canon por derechos de autor” (copyright levy) o compensación equitativa por copia privada. (I): antecedentes y configuración en la Ley 23/2006, de 7 de Julio*. Quincena Fiscal nº 15/16 (Septiembre 2006); (II): *Naturaleza jurídica, reserva de ley y otros problemas de constitucionalidad*. Quincena Fiscal nº 17 (Octubre 2006).

¹⁸⁹² Indemnización que además, como advertían BECKER y KREILE resulta además a todas luces insuficiente: “En comparación con el inmenso valor patrimonial de las obras intelectuales expuestas a un acceso gratuito por parte de terceros mediante la copia privada, y en comparación con las ventas que generan los fabricantes de equipos de audio y vídeo y de los correspondientes soportes de audio (para el año 2001, el volumen comercial total de la industria informática ascendió a 20.000 millones), la cuantía total generada en Alemania en 2001 por la compensación combinada aplicable al equipo de grabación y los soportes vírgenes para todas las obras protegidas por el Derecho de Autor y derechos conexos de las cuales se hicieron copias (unos 60 millones de euros), resulta más bien modesta. En este contexto, no cabe ignorar que gran parte de los beneficios de la industria informática y electrónica provienen precisamente del hecho de que el equipo vendido ofrece la posibilidad de efectuar copias privadas. Los ingresos totales de 60 millones de euros no deben impresionarnos: frente a los miles de millones de euros que representan las

historia tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional Décima del RD 20/2011, que como hemos señalado, derogó definitivamente el sistema de compensación equitativa por copia privada basado en el cobro del canon, y que se lee como sigue:

“1. Se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma Ley.

2. El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

3. La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado”.

La Exposición de Motivos del RD 20/2011 (que es una Ley “ómnibus”) no arroja demasiada luz sobre las razones del Legislador para suprimir el canon digital, ventilando el tema con un escueto *“Se procede a la supresión de la compensación equitativa por copia privada, que será sustituida por un pago a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, cuyo procedimiento se desarrollará reglamentariamente”*¹⁸⁹³. Por tanto, hay que acudir a la Exposición de Motivos del

creaciones intelectuales que pueden grabarse con el equipo y los soportes audio adecuados, y que en la práctica lo son, esa cuantía representa tan sólo una fracción mínima y secundaria del valor de las obras copiadas y no constituye en absoluto una indemnización apropiada por la copia para uso privado”, BECKER, JURGEN; KREILE REINHOLD, La legitimación, la práctica, y el futuro de la copia privada. Un artículo en que se utiliza como ejemplo el sistema de la copia privada en Alemania, e-boletín de Derecho de Autor, abril-junio 2003. Pág. 16.

¹⁸⁹³ El informe de 24 de febrero de 2010, de la subcomisión creada en el seno de la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados, sobre la reforma de la ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la ley de propiedad intelectual, dedicaba los puntos 15 a 17 de su apartado C al límite de copia privada y a la compensación equitativa. El apartado 15 mostraba abiertamente las dudas existentes sobre la regulación del límite de copia privada: *“Al margen de la preocupación por el grado de litigiosidad en el ámbito de la propiedad intelectual, algunas intervenciones han planteado sus dudas y críticas sobre el actual régimen aplicable a la denominada copia privada, bien por la falta de vinculación directa con una efectiva copia de obras protegidas, bien por considerar que, económicamente, repercute de forma negativa, por copias que no siempre se realizan”*. Mientras que en su punto 17 recomendaba abiertamente la revisión del sistema de canon digital: *“La Subcomisión entiende que, a este respecto, sería conveniente llevar a cabo un estudio detallado sobre el daño que la copia privada produce en el sector cultural y, en el marco de la Directiva comunitaria que establece esta compensación, profundizar acerca de las fórmulas que podrían establecerse para estrechar la relación entre el beneficio que produce al sector electrónico y la compensación a satisfacer, evitando su repercusión en el consumidor final”*. Este último punto 17 se reproduce en la Proposición no de Ley de 12 de abril de 2011 en que el Grupo parlamentario del partido Popular, entonces en la oposición, pidió abiertamente la supresión del canon digital: *“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno, a publicar, antes del 6 de junio de 2011, un Real Decreto mediante el que se suprima el ‘canon digital’ y se sustituya*

RD 1657/2012 (que establece el régimen de la compensación equitativa vigente a día de hoy, mientras que no se apruebe la proyectada reforma de la LPI) para discernir con mayor claridad las motivaciones subyacentes a la reforma, que son las siguientes:

- a) Lo primero que llama la atención es que el Legislador asume la provisionalidad del RD 1657/2012. Así, el Legislador señala expresamente que el artículo 25 de la LPI se ha derogado materialmente, aunque no de manera formal, reconociendo de manera implícita el carácter de Ley-puente del RD 1657/2012, hasta que una futura modificación de la LPI dote de una nueva redacción artículo 25 (y a que un eventual Reglamento lo desarrolle). Efectivamente, tanto el AMLPI 2013 como el PMLPI 2014 contienen una nueva redacción del artículo 25 de la LPI, cuyas disposiciones, aunque no resulten idénticas a lo dispuesto en el RD 1657/2012 ¹⁸⁹⁴, resultan consecuentes con su espíritu. A mi juicio, esto es porque el RD 1657/2012 plantea un nuevo modelo de compensación equitativa; modelo que está aún destinado a compensar el límite de copia privada dibujado según la redacción que la Ley 23/2006 dio al artículo 31.2 de la LPI (porque esta es la Ley vigente, lo cual presenta bastantes problemas puesto que cinco millones de Euros no parece una cifra adecuada para compensar un límite de copia privada tan extenso en su ámbito de aplicación). No obstante parece que el prelegislador trabaja con la hipótesis de que (en principio) el límite de copia privada vigente tiene los días contados, puesto que será pronto sustituido por la nueva redacción del límite contenida en la proyectada reforma parcial de la LPI.
- b) Tras la severa corrección realizada sobre la anterior legislación sobre compensación equitativa por parte de los Tribunales de la UE ¹⁸⁹⁵, la Exposición de Motivos del RD 1657/2012 se cuida de subrayar la total concordancia del nuevo régimen sobre

por otras fórmulas menos arbitrarias e indiscriminadas y, por tanto, más justas y equitativas, de remuneración de la propiedad intelectual, basadas en el uso efectivo de las obras y prestaciones".

¹⁸⁹⁴ “La disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, sin derogar ese límite a los derechos de propiedad intelectual, sí ha suprimido el sistema de compensación que se preveía en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Este artículo, si bien no ha sido objeto de una derogación formal, si lo ha sido materialmente, de modo que no son aplicables aquellas partes del mismo que se oponen a lo establecido en la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre”. Exposición de Motivos del RD 1657/2012. Motivo Único.

¹⁸⁹⁵ Ver análisis de la Sentencia PADAWAN en págs. 286 y ss. de este mismo trabajo.

compensación equitativa con el cuerpo normativo de la UE sobre el asunto, y particularmente con la jurisprudencia emanada del TJUE ¹⁸⁹⁶.

c) La Exposición de Motivos del RD 1657/2012 hace especial hincapié en que la reforma se dirige hacia un sistema de compensación equitativa, superando y modificando el sistema de remuneración equitativa (utilizado para compensar por la piratería) subyacente a la regulación anterior. Parece que nos hallamos finalmente ante un sistema de compensación equitativa, puesto que:

- a. Al eliminarse el canon digital, con él asimismo desaparecen tanto de la LPI, como de las Leyes anejas las cuantías fijas para aparatos y soportes, no hallándose rastro de las mismas ni en el texto del RD 1657/2012, ni en el artículo 25 de la LPI según quedaría redactado de aprobarse el PMLPI 2014. No obstante, todo depende de lo que dijere en un futuro el eventual Reglamento que desarrolle el artículo 25 de la LPI, y que se prevé en la reforma ¹⁸⁹⁷.

¹⁸⁹⁶ “Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado el amplio margen de apreciación de los Estados miembros para determinar quién está obligado al pago de la compensación equitativa por copia privada (Sentencia *Stichting de Thuiskopie* de 16 de junio de 2011, asunto C-462/09) y la facultad reconocida a aquéllos para determinar, dentro de los límites impuestos por la Directiva 2001/29/CE, la forma, las modalidades de financiación y de percepción y la cuantía de dicha compensación equitativa (Sentencia de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08) [...] y asimismo que, para determinar la compensación, no pueden tenerse en cuenta indiscriminadamente aquellos equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas”. Exposición de Motivos del RD 1657/2012. Motivo Único.

¹⁸⁹⁷ No es de la misma opinión el CGPJ que en su Informe sobre el Anteproyecto (punto 38) critica la falta de criterio de cuantificación de la compensación en el Anteproyecto: “Sin embargo, el art. 25 LPI proyectado no contiene realmente una plasmación de los criterios a tener en cuenta de cara a la cuantificación y liquidación de esta compensación. Sus apartados 1 y 2 describen la propia compensación y los beneficiarios de la misma. Los apartados 4 y 5 contienen diversas clases de reproducciones excluidas que influirán en la determinación de la cuantía de la compensación. Pero el precepto no indica, con respecto a las reproducciones que sí quedan incluidas, cuáles serán los factores que se tendrán en cuenta para llevar a cabo la cuantificación”. Ciertamente aunque tanto el RD 1657/2012, como el AMLPI 2013 aludieran al “criterio del perjuicio causado” en su Exposición de Motivos, este criterio no se adoptaba de manera explícita en la redacción que el Anteproyecto hacía del artículo 25 de la LPI. Esto se corrige en el Proyecto de Ley, ya que en el proyectado artículo 25.3 de la LPI se señala de manera expresa que este criterio será el único determinante de la cuantía de la compensación equitativa: “El procedimiento de determinación de la cuantía de esta compensación, que será calculada sobre la base del criterio del perjuicio causado a los beneficiarios enumerados en el apartado 2 debido al establecimiento del límite de copia privada en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 31, y contará con una consignación anual en la ley de Presupuestos Generales del Estado, así como el procedimiento de pago de la compensación, que se realizará a través de las entidades de gestión, se ajustarán a lo reglamentariamente establecido”. Tanto el tanto el RD 1657/2012, como el AMLPI 2013, como el PMLPI 2014 se remiten al futuro desarrollo reglamentario del artículo 25, lo cual ha sido asimismo criticado por parte del CGPJ en el punto 38 de su Informe: “En la actualidad, el art. 3.2 del RD 1657/2012, tras indicar que la cuantía de la compensación se calculará sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los

- b. Las cuantías fijas se sustituyen por aquellas cuantías variables resultantes de la aplicación de un criterio específicamente designado para su determinación. Según la Exposición de Motivos del RD 1657/2012 este criterio no es otro que el del daño efectivamente causado a los titulares de derechos ¹⁸⁹⁸. En la parte dispositiva del RD 1657/2012, el art. 3.2 positiviza tanto el criterio general del daño efectivamente causado a los titulares de derechos para la determinación de la cuantía (que el RD denomina como “base de cálculo de la cuantía”), como los sub-criterios o reglas prácticas para la aplicación del criterio general a un caso concreto (que el RD denomina como “criterios objetivos”) ¹⁸⁹⁹. El PMLPI 2014 (como también hacía

titulares como consecuencia del límite de copia privada, enumera hasta cinco criterios objetivos que deberán tenerse en cuenta para la estimación de ese perjuicio. En opinión de este Consejo General, esos criterios, o los que en su lugar se considere oportuno establecer de cara al futuro, deberían quedar plasmados en la norma legal y no en el reglamento de desarrollo de la misma”. De nuevo el CGPJ parece añorar un artículo 25 de la LPI tan complejo que parezca un reglamento, sistema bastante ineficaz, pues las variaciones de un mercado tan complejo y cambiante como el de las obras de creación en la Red exigen una norma legal que sienta las bases y los criterios de la compensación equitativa (lo cual se podía haber hecho mejor en el Proyecto de Ley), y un Reglamento en que ya se desarrollen estos criterios de manera más específica. El Reglamento además resulta más fácilmente revisable, lo cual responde mejor a la mutación continua que experimenta el mercado digital que se está intentando regular. No obstante, resulta más atinada la crítica realizada por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el AMLPI 2013: “Entiende el Consejo de Estado que deben incluirse en la LPI los criterios que ahora enuncia el artículo 3.2 del Real Decreto 1657/2012, en cuanto son los elementos constitutivos del sistema de compensación que la Ley consolida, siendo ello preciso a fin de dotar de estabilidad al sistema, sin que sea adecuado dejar a la norma reglamentaria la fijación de los elementos primordiales para el cálculo de la compensación”.

¹⁸⁹⁸ “...un criterio útil para evaluar las circunstancias que permitan determinar la cuantía de la compensación sería el posible daño que cada acto de reproducción haya causado a los titulares de los derechos”. Exposición de Motivos del RD 1657/2012. Motivo Único.

¹⁸⁹⁹ Artículo 3.2 del RD 1657/2012: “La cuantía de la compensación se calculará sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual como consecuencia de la reproducción por personas físicas, en cualquier soporte, a partir de obras ya divulgadas a las que haya accedido legalmente, ello en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Para la estimación de este perjuicio deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios objetivos:

a) *La estimación del número de copias realizadas, en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, excluyendo aquellas reproducciones realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas, y excluyendo, asimismo, los casos en los que queda exceptuado por ley el pago de la compensación.*

b) *El impacto de la copia privada sobre la venta de ejemplares de las obras, teniendo en cuenta el grado de sustitución real de éstos por las copias privadas realizadas y el efecto que supone que el adquirente de un ejemplar o copia original tenga la posibilidad de realizar copias privadas.*

c) *El precio medio de la unidad de cada modalidad reproducida, el porcentaje del precio de la copia original que va destinado a remunerar los derechos de propiedad intelectual y la vigencia de los derechos de propiedad intelectual de las obras y prestaciones reproducidas.*

d) *El diferente perjuicio del establecimiento del límite de copia privada según, entre otros criterios, el carácter digital o analógico de las reproducciones efectuadas al amparo de la excepción, o la calidad y el tiempo de conservación de las reproducciones.*

el Anteproyecto) abraza idéntico criterio general en su Exposición de Motivos ¹⁹⁰⁰

d) El Estado asume la carga de la financiación de la compensación equitativa por copia privada, que abandona completamente el ámbito jurídico privado y se instala en territorio del derecho público. Como hemos visto, la compensación equitativa por copia privada vía canon se consideraba una obligación jurídico-civil de naturaleza privada. Pues bien, ahora nos movemos en el ámbito del derecho público, puesto que pasan a ser fuente directa de la compensación equitativa la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, en cuanto a todo lo que concierne a su recaudación, y la Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre, en cuanto a la asignación de las cuantías asignadas por el Estado a la satisfacción de la compensación equitativa por copia privada a los titulares de derechos de reproducción conforme a la LPI:

a. Todo lo que concierne a su recaudación pasará entonces a tener naturaleza de derecho tributario; es decir de Derecho Público. Así, la Exposición de Motivos del RD 1657/2012, en su Motivo Único señala lo siguiente: *“Debe recordarse también que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumento de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”*. La habilitación general de la CE para recaudar tributos se halla en su artículo 31.1, que indica que *“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de*

e) La disponibilidad y aplicación de medidas tecnológicas efectivas a que se refiere el artículo 160.3 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”.

¹⁹⁰⁰ Exposición de Motivos del PMLPI 2014. Motivo III. *“La financiación de esta compensación a cargo de los Presupuestos Generales del Estado va a llevarse a cabo con pleno respeto del principio del justo equilibrio entre la cuantía de aquélla y el perjuicio causado por las copias privadas realizadas al amparo del límite, de obras protegidas. Dicha vinculación queda prevista legalmente al determinarse aquellas copias que no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado o al fijarse determinadas situaciones en las que se producirá un daño o perjuicio mínimo. Asimismo el citado vínculo se hará patente cuando reglamentariamente se desarrollen los criterios a tener en cuenta en el procedimiento de cuantificación y liquidación de la compensación equitativa para consignar anualmente dicha cuantía que después se referirá”*.

igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Y el artículo al que se refiere la Exposición de Motivos del RD 1657/2012 es el 2.1 (párrafo 2º) de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, que dispone que *“Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”*.

- b. Todo lo referente a la asignación de recursos destinados a financiar la compensación equitativa derivará del Derecho Presupuestario; es decir, también del Derecho Público. Así, la Exposición de Motivos del RD 1657/2012, en su Motivo Único prescribe que *“Respecto al origen de esta financiación [la de la compensación equitativa por copia privada] con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, debe recordarse que, según la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, la ley es fuente de obligaciones para la Hacienda Pública estatal, exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, y que, según el artículo 31.2 de la Constitución española, el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos”*¹⁹⁰¹. El artículo 31.2 de la CE que menciona el Real Decreto efectivamente otorga a los poderes públicos la potestad de asignar equitativamente los recursos públicos: *“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”*; y efectivamente el artículo 20 de la Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre coloca a la Ley como fuente primera de las obligaciones de la Hacienda Pública¹⁹⁰², habilitando entonces al Estado para asumir obligaciones derivadas del

¹⁹⁰¹ La Exposición de Motivos del PMLPI 2014 tiene una redacción muy similar: *“Respecto al origen de esta financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, debe recordarse que, según la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, la ley es fuente de obligaciones para la Hacienda Pública estatal, exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, y que, según el artículo 31.2 de la Constitución española, el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos”*. Exposición de Motivos del PMLPI 2014. Motivo III.

¹⁹⁰² Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre coloca a la Ley como fuente primera de las obligaciones de la Hacienda Pública *“Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen”*.

reconocimiento legal del límite de copia privada. La Exposición de Motivos del RD 1657/2012, en su Motivo Único señala que *“Así, el legislador ha considerado oportuno que los ciudadanos puedan beneficiarse, en territorio español, del límite de copia privada en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, como contraprestación a una parte de los impuestos que satisfacen y de los que se nutren los ingresos públicos”*. Por ello, el límite de copia privada es el hecho jurídico generador de las obligaciones derivadas de la compensación equitativa por su razón, asumidas asimismo por el Estado mediante dos instrumentos legales: primero por la Disposición Adicional Décima del RD 20/2011, y posteriormente mediante el RD 1657/2012.

e) Todo lo hasta ahora dicho resulta impecable desde un punto de vista formal jurídico, siendo al intentar justificar axiológicamente su asunción de la obligación de financiar la compensación equitativa donde, a mi juicio, el Legislador o erró, o no fue intelectualmente honesto. Me explico:

- a. Habíamos apuntado que el Legislador en el Motivo Único de la Exposición de Motivos del RD 1657/2012, se refería al artículo 2.1 (párrafo 2º) de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, que habilita a los poderes públicos para utilizar los recursos públicos *“como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”*.
- b. Pues bien, la misma Exposición de Motivos del RD 1657/2012, al indicar los principios o fines contenidos en la CE de las que emanaría la obligación que asume, nos indica que: *“En este sentido, la Constitución española, en su artículo 9.2, impone a los poderes públicos el deber de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural, y contempla en su artículo 44.1 la promoción y tutela del acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho, por parte de dichos poderes”* ¹⁹⁰³. Esta remisión a un hipotético derecho de acceso a la cultura de los

¹⁹⁰³ Exposición de Motivos del RD 1657/2012. Motivo Único.

usuarios para justificar el límite de copia privada, resultaba manifiestamente incorrecta ¹⁹⁰⁴ como justificación del límite de copia privada “amplio” aún vigente (y a su extensión a las descargas realizadas desde de redes P2P por parte la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado). Como ya hemos explicado en su momento, el límite de copia privada no nace de un supuesto derecho a la cultura de los usuarios, sino la de la imposibilidad de control de los titulares de derecho sobre la utilización de sus obras en ciertos ámbitos donde prevalece su derecho de privacidad ¹⁹⁰⁵ . Sin embargo, esta hipotética justificación del límite basándose en una supuesta promoción del acceso a la cultura sólo tendría sentido (si es que tuviere alguno) en relación con la formulación del límite de copia privada aún vigente: el que se deriva de la redacción el artículo 31.2 de la LPI realizado por la Ley 23/2006. Afortunadamente, ni la Exposición de Motivos del AMLPI 2103, ni la del PMLPI 2014 contienen mención alguna al “acceso a la cultura”.

- c. Según el régimen legal sobre el límite de copia privada que proponía el AMLPI 2013, los usuarios sólo gozaban de la facultad de realizar reproducciones a su amparo de obras que ya hubieren adquirido por medio de compraventa comercial, y siempre que la copia adquirida no estuviere protegida por medidas tecnológicas (en cuyo caso prevalecía la voluntad del titular del derecho de reproducción sobre esa obra, expresada por la interacción de tales medidas). Los usuarios así, según la nueva regulación, no podrán realizar copias privadas de obras que se ofreciesen a los usuarios mediante licencia y a las que pudiesen acceder de forma interactiva cuando lo así lo desearan. El otro supuesto en que el Anteproyecto de Ley permitía el límite de copia privada era la reproducción temporal de obra radiodifundidas con el objeto de permitir su disfrute posterior por parte del usuario. Es decir, el régimen del límite de copia privada que proponía el AMLPI 2013 no permitía en ningún caso realizar al usuario reproducciones de obras que no hubiera comprado anteriormente, o a las que no hubiese accedido ya por razón de su previa

¹⁹⁰⁴ O “*manifiestamente hipócrita*”, si tomáramos prestada la expresión de FALCÓN TELLA.

¹⁹⁰⁵ El propio TS, en Sentencia de 8 de junio de 2007, señalaba expresamente: “*Así, queda visto que el límite del artículo 31.2 de la LPI no responde a ningún interés general superior como pueda ser el acceso a la cultura o el incremento del acervo cultural nacional*”. STS 4505/2007. Antecedente de hecho 7º. Pág. 20.

radiodifusión pública. En suma: el límite en tal configuración no hubiere permitido al usuario acceder a ninguna obra a la que no hubiera accedido ya, o gozare de la facultad de acceder con anterioridad a su reproducción; es decir, al amparo del límite, al usuario no se le permitía acceder a ninguna nueva obra. Lo que permitía el proyectado límite al usuario era: o bien realizar reproducciones de obras que haya adquirido legalmente en el comercio, y sobre cuya copia gozara ya de un estatus de propiedad legal, y solamente por razones de “*space-shifting*”, o “*format shifting*” (puesto que no se permitían ni su distribución ni su comunicación posterior, si nos atenemos a la prohibición de que se realizara un uso colectivo la mismas) ¹⁹⁰⁶ ; o bien realizar una reproducción temporal de obras que se le hubieren comunicado mediante su radiodifusión pública, simplemente para disfrutarlas posteriormente; pero en ningún caso para hacerse una videoteca o fonoteca privada (de ahí el requisito de la temporalidad). Es decir; lo que permitía el límite según la redacción del AMLPI 2103 (y en esto era realizar copias privadas por razones de conveniencia del usuario ¹⁹⁰⁷ (lo cual resultaba incongruente con que se fundamentase el límite de copia privada en el principio informador constitucional de la promoción del acceso a la cultura de los ciudadanos que se podía encontrar en la Exposición de Motivos del RD 1657/2012). Lo que es legislador intentó realizar con esta remisión a un concepto tan noble y eufónico como el derecho a la cultura de los ciudadanos es disfrazar la siguiente realidad: a) el límite de copia privada bajo el AMLPI 2013 era tan restringido en su ámbito de actuación que ni siquiera hubiera hecho falta reconocerlo; b) si el límite aún hubiere existido nominalmente en nuestro ordenamiento de haberse aprobado la redacción del AMLPI 2013 era muy probablemente para evitar reconocer que se este había abolido “de facto”; y c) la prueba de todo lo anteriormente expuesto es que los perjuicios ocasionados a los titulares de derecho por razón de las copias privadas realizadas al amparo del límite según se dibujaba en el AMLPI 2103 eran legalmente tan nimios que hubiera

¹⁹⁰⁶ De hecho, como veremos, las facultades de los usuarios bajo la configuración del límite derivada del Anteproyecto de Ley eran tan restringidas, que se consideraban utilidades que provocaban un daño mínimo a los titulares de derecho, y que por tanto perfectamente podrían no haber generado derecho alguno a estos últimos de participar de la compensación equitativa.

¹⁹⁰⁷ Y para las que, como expondré posteriormente, no me parece que resultara necesario reconocer un límite de copia privada en la LPI.

resultado perfectamente defendible que ni siquiera hubieran derecho legal a la percepción de la compensación equitativa ¹⁹⁰⁸ .

- d. Sin embargo, la reducción del ámbito de actuación del límite de copia privada tal y como aparecía en el Anteproyecto de Ley se atenúa en el PMLPI 2014. Estas son las consecuencias que tal modificación ejerce sobre el régimen de compensación equitativa:
 - i. Para empezar, se amplía el requisito del AMLPI 2013 en el proyectado artículo 31.2 b) 1º (que define lo que se ha de entender por “acceso legal”) consistente en que sólo se podrán realizar copias privadas “*a partir del soporte original de obras adquiridas mediante compraventa comercial*”. En el Anteproyecto de Ley estas copias privadas se presumía que habrían de ser realizadas de manera directa desde la copia adquirida en el mercado. Sin embargo el PMLPI 2014 permite que estas reproducciones se realicen de manera directa o indirecta. No obstante se podría presumir que las “reproducciones indirectas” que previene el artículo son por ejemplo las realizadas del original adquirido al ordenador personal del usuario, y de ahí a un dispositivo móvil. Esta reproducción basada en el “*format-shifting*” o en el “*space-shifting*” en principio se podrían considerar legalmente como de “perjuicio mínimo” (no son copias sustitutivas del original), y por tanto no dar lugar a compensación equitativa.
 - ii. Tampoco parece que en principio ni la sustitución de la fórmula “*adquirida en propiedad por compraventa comercial*” en el mismo punto 2 b) 1º del

¹⁹⁰⁸ Con posterioridad a que yo mismo hubiera llegado de manera autónoma a tal deducción tras estudiar detenidamente el AMLPI 2103, el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley llegó a una conclusión similar: “*De ser atinados, como creemos, los anteriores razonamientos, el sistema de relaciones entre el límite de copia privada y su compensación, tal y como aparece diseñado en el Anteproyecto, adolecería de un vicio estructural, dado que en ninguna de las dos únicas situaciones en las que una reproducción para uso privado puede confeccionarse lícitamente, se prevé que las copias así realizadas vayan a generar obligación de compensación, lo que es tanto como decir que no habrá posibilidad legal de que se genere en ningún caso obligación de abonar la compensación equitativa por copia privada. Se trata, sin duda, de un efecto no deseado, pues de otro modo carecería de sentido que el prelegislador hubiese redactado los cuatro primeros apartados del art. 25, destinados a regular el sistema de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los PPGGE*”.

Anteproyecto por “*autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil*”, que es la redacción de la norma en el Proyecto de Ley tenga efecto alguno sobre la compensación equitativa. A pesar de la crítica ejercida por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el AMLPI 2103 por no haber incluido el alquiler o el préstamo entre los supuestos de “acceso legal” que otorgarían al usuario la facultad de realizar copias privadas según la nueva regulación, el prelegislador no ha incluido estos supuestos en el Proyecto de Ley, por lo que en principio esta norma no afectaría (ni aumentándola ni disminuyéndola) a la previsión por el Gobierno de la cuantía de la compensación equitativa. Esto es porque la norma en principio no aumenta necesariamente el ámbito de actuación del límite, y cuando lo hace (como cuando permite copias indirectas) se puede argumentar que lo hace en supuestos que provocan un “perjuicio mínimo” al titular de derechos de explotación.

- iii. No obstante, el artículo 31.2 b) 1º tanto bajo el Anteproyecto como el Proyecto de Ley reducen considerablemente el ámbito de actuación del límite de copia privada en relación a la redacción vigente del artículo 31.2 (la emanada de la Ley 23/2006), por lo que ambos (y hay que entender lógicamente que el que incidirá será el Proyecto de Ley de no modificarse más) por lo que evidentemente tal reducción habrá de tenerse en consideración a la hora del cálculo de lo presupuestado por el Gobierno en concepto de compensación equitativa.
- iv. Sin embargo, todo lo dicho en los dos puntos anteriores se atenúa por causa de que el AMPLI 2013 suprimía los puntos 1 a) y 4 del artículo 161 de la LPI, y por tanto las medidas tecnológicas pasaban a tener prevalencia sobre el límite de copia privada, por lo que se podía argumentar que el titular de derechos quedaba facultado para permitir sólo las copias privadas que le viniera en gana, y que cuando comercializara una obra sin medidas tecnológicas estaría implícitamente permitiendo que los usuarios realizaran

reproducciones autorizadas, por lo que (siguiendo este argumento) tales reproducciones no serían computables en la compensación equitativa (precisamente porque el titular de derechos gozaba bajo el AMLPI 2013 de la facultad de permitir a los usuarios realizar copias o no, y de no hacerlo (por ejemplo, mediante el uso de medidas anticopia en el original comercializado) el usuario no hubiera gozado de la facultad de exigir que se le permitiera realizar su copia privada. El Proyecto de Ley deja las cosas como están en el artículo 161 de la LPI vigente. Por tanto, el titular de derechos se verá obligado a permitir que el usuario realice copias privadas, pudiendo este exigir su realización de acuerdo con el artículo 161.1 a) de la LPI si el titular de derechos hubiera implantado medidas anti-copia. Por tanto, si el límite de copia privada prevalece y ha de ser garantizado en el ámbito digital frente a las medidas tecnológicas de protección, esto indudablemente ha de tener incidencia en el cómputo de la compensación equitativa. Además, también permanece en el PMLPI 2014 el artículo 161.4 de la LPI ¹⁹⁰⁹, por lo que la inclusión o no del titular de derechos de medidas tecnológicas que limiten el número de copias que pueda realizar el usuario (tras la primera) habrá de tenerse en cuenta a los efectos de calcular la compensación equitativa ¹⁹¹⁰. Tal cosa se confirma por la inclusión en el Proyecto de Ley de un nuevo punto 6 en el proyectado artículo 25 de la LPI: *“En la determinación de la cuantía de la compensación equitativa podrá tenerse en cuenta, en los términos que se establezca*

¹⁹⁰⁹ Este artículo lógicamente depende de la existencia o no del artículo 161.1 a), ya que presupone que el usuario goza de la facultad de realizar al menos una copia privada cuando la obra se halle protegida por medidas tecnológicas de protección, pero tras la realización de esa primera copia el titular del derecho de reproducción goza de la facultad de limitar o impedir la realización de otras copias (la segunda, la tercera, etc.) mediante la inclusión de medidas tecnológicas de protección sin que el usuario pueda exigir su levantamiento. El artículo 161.4 de la LPI se lee como sigue:

“Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado”.

¹⁹¹⁰ En el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto se podía leer lo siguiente: *“En el caso de los límites conectados a un derecho de remuneración, como es el caso de la copia privada, la aplicación de medidas tecnológicas de protección, al garantizar un control sobre el número de copias que el usuario podrá realizar, justifica una modulación correlativa de aquel derecho”.*

reglamentariamente, la aplicación o no, por parte de los titulares del derecho de reproducción, de las medidas tecnológicas eficaces que impidan o limiten la realización de copias privadas o que limiten el número de éstas". Como vemos, la complejidad de la norma es tan insoportable como improbable que el Gobierno calcule adecuadamente la cuantía de la compensación equitativa de todas las obras divulgadas en el país por todos los titulares de derechos, teniendo en cuenta todas las variables legales posibles.

- v. El artículo 31.2 b) 2º bajo la redacción del AMLPI 2013 se ocupaba del otro supuesto de "acceso legal" permitido por el Anteproyecto, bajo cuya redacción el ámbito de actuación de este supuesto resultaba extremadamente limitado. Así, el Anteproyecto limitaba este supuesto a *"Cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno"* ¹⁹¹¹. Este supuesto, especialmente por la inclusión del término "temporal" (y su implicación práctica: que la obra simplemente se realiza por el usuario para usar o disfrutar la obra en un momento más oportuno, pero no para coleccionar las obras reproducidas) colocaba a las reproducciones realizadas a su amparo claramente bajo los supuestos de "perjuicio mínimo" no computables a efectos de la compensación equitativa. Bajo el Proyecto de Ley, no obstante, esta norma transmuta completamente su significado, ya que el artículo 31.2 b) 2º según el PMLPI 2014 amplía el supuesto de "acceso legal" contemplado en el Anteproyecto al condicionarlo a los supuestos *"Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose*

¹⁹¹¹ Supuesto específicamente cubierto por el "fair use" en EE.UU. (donde existe un límite de copia privada legal limitado), y por Ley en países con una legislación tan restrictiva en este tema como el Reino Unido e Irlanda.

obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada”. Evidentemente, al eliminarse el requisito de temporalidad de la copia, esta pasa a ser potencialmente sustitutiva del original, y resulta difícilmente defendible que nos hallemos aún ante un supuesto de “perjuicio mínimo”. Además, “*un acto legítimo de comunicación pública*” mediante “*difusión*” de la obra, y aún con la exigencia de que no se haya “*obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada*” contempla un ámbito de actuación considerablemente mayor que una simple “radiodifusión”. Me parece más que lógico que esta ampliación de los actos de reproducción permitidos bajo el límite de acuerdo a este supuesto tenga su correspondiente reflejo en el cómputo de la compensación equitativa, ya que no podemos hablar en puridad de un “perjuicio mínimo” (de el “perjuicio mínimo” por antonomasia). No obstante, el punto 5 del artículo 25 de la LPI según el Proyecto de Ley sólo se puede entender en relación a la redacción del Anteproyecto modificada, ya que se señala expresamente que “*En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno*”. ¿Mala sistematización jurídica? ¿Intenta el prelegislador señalar como actos de reproducción bajo la habilitación legal del límite que causan “perjuicio mínimo” a actos de reproducción que obviamente causan un perjuicio al titular de derechos de reproducción, ya que las copias resultantes pueden tener carácter sustitutivo?

- vi. Las exclusiones de los programas de ordenador, las bases de datos electrónicas, y las obras puestas a disposición de los usuarios bajo licencia de forma interactiva (incluso tras la ligera modificación que realiza el Proyecto de Ley sobre el Anteproyecto) no tienen incidencia alguna sobre

el límite, ya que las tres exclusiones se reconocen en la Ley vigente (sólo que la tercera exclusión se halla en el artículo 161.5 de la LPI, y en la reforma pasa al artículo 31.3) ¹⁹¹² .

- f) Por último, al asumir el Gobierno la carga de la compensación equitativa y al abandonar el sistema de canon, se despoja a las Entidades de gestión de su potestad recaudatoria bajo este concepto ¹⁹¹³ , y sólo gozaran de la facultad de distribuir la (reducida) cantidad que les entregue el Estado por razón del nuevo límite.

Resulta obvio para cualquiera que la nueva regulación sobre copia privada y compensación equitativa en España se halla fuertemente influenciada por la coyuntura económica en que se encontraba nuestro país al tiempo de su aprobación. La eliminación del sistema de canon por copia privada era una vieja promesa electoral del Partido Popular actualmente en el gobierno que se remonta a las elecciones del año 2008 ¹⁹¹⁴ . Durante la legislatura 2008-2012, el PP reiteraría su intención de terminar con el sistema canon digital mediante la Proposición no de Ley de 12 de

¹⁹¹² No es de la misma opinión el CGPJ, en cuyo informe sobre el AMLPI 2013 se puede leer: “*la eventual autorización de copia que el titular preste en el marco de una licencia de usuario es irrelevante cuando la propia ley ya autorice la libre realización de esa copia, y por consiguiente tampoco tiene incidencia en el cálculo de la compensación que estuviere establecida con relación a ese límite. Cabe dudar de si lo dispuesto en el proyectado art. 31.3.a) LPI se aviene con esta doctrina, ya que en él se parte de la base de que el límite de copia privada se puede ver neutralizado simplemente porque la obra se haya puesto a disposición del público autorizándose, con arreglo a lo convenido en un contrato, la reproducción de la obra*”. El Informe critica que la norma que excluye del límite de copia privada las obras puestas a disposición del público de forma interactiva bajo licencia no exija además la inclusión de medidas tecnológicas de protección. En el Informe propone expresamente lo siguiente: “*Así pues, cabe sugerir que el futuro art. 31.3.a) incorpore la exigencia de que esas obras, puestas a disposición del público y cuya reproducción esté autorizada con arreglo a lo convenido en un contrato, lleven además anejas medidas tecnológicas de protección. Lo que sucede es que si se agregase este requisito nos situaríamos en el escenario del art. 161.5 LPI, el cual el propio Anteproyecto hará que deje de ser aplicable al límite de copia privada al prever la supresión de la letra a) del art. 161.1 LPI (también del art. 161.4). En resumen, para lograr una correcta adecuación al Derecho comunitario en la materia, probablemente bastaría con dejar subsistente el art. 161.1.a), y obviar la inserción de esa primera letra en el futuro art. 31.3 LPI*”. El Proyecto de Ley ha mantenido esta exclusión en el artículo 31.3, y además hace caso omiso a la recomendación de añadir el requisito de medidas que apuesta a disposición interactiva bajo licencia haya de estar además protegida por medidas tecnológicas.

¹⁹¹³ “*La disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, norma que ha modificado el mecanismo de financiación de la compensación, que deja de depender de la recaudación que las Entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual obtienen de los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción, para pasar a financiarse directamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado*”. Exposición de Motivos del RD 1657/2012. Motivo Único.

¹⁹¹⁴ La página web del PP (concretamente su “*home page*”) incluso disponía de manera conspicua de un temporizador en que se mostraban los días, horas, minutos y segundos que quedaban hasta una hipotética derogación del canon digital (eran las horas, minutos y segundos que quedaban hasta las elecciones generales). Al perder las elecciones del 2008, la reforma planeada se hubo de posponer.

abril de 2011, y como sabemos terminaría por realizar la reforma (que ya resultaba acuciante por mor de la situación de incertidumbre creada por la Sentencia PADAWAN del TJUE) nada más alcanzar el poder. No obstante, la situación económica de España en el momento en que el Partido Popular en el Gobierno asumió la financiación de la compensación equitativa no era ni mucho menos la misma que aquella del año 2008. La crisis financiera mundial, unida al desplome del mercado inmobiliario nacional ¹⁹¹⁵, junto con otros factores, provocaron que el Estado Español pasara a disfrutar de un superávit fiscal cercano al 2% del PIB y una ratio de deuda pública sobre el PIB del 36% en 2007, a sufrir un 11% de déficit fiscal durante el año 2009, y una ratio de deuda pública que se disparó hasta el 54% del PIB en ese mismo año ¹⁹¹⁶. Los niveles de déficit se mantuvieron en niveles parecidos durante los años posteriores, y la UE exigió a España reducir el déficit fiscal hasta situarlo en un 3% del PIB en el año 2013, lo cual obligó a nuestro país a realizar ajustes presupuestarios pocas veces vistos con anterioridad ¹⁹¹⁷.

Si tomamos en consideración el contexto económico de la reforma señalado en el párrafo anterior que condujo a recortes presupuestarios en todos los departamentos ministeriales, y puesto que, como hemos visto, el Estado asumió la financiación de la compensación equitativa a cargo de los Presupuestos Generales del Estado a partir de la Disposición Adicional Décima del RD 20/2011 ¹⁹¹⁸, resulta lógico pensar que iba en el mayor interés del Estado reducir la cuantía de la asignación tributaria destinada a financiar el la compensación equitativa por razón del límite de copia privada en la mayor medida posible ¹⁹¹⁹. Esto se hizo en dos direcciones: a) cuantitativamente: restringiendo el ámbito de actuación del límite de copia privada en la mayor medida posible, puesto que a menor número de actos de reproducción amparados por el límite de copia privada menor sería la cuantía de la asignación presupuestaria que el Estado habría de destinar a estos efectos; y b) cualitativamente: asegurándose el Prelegislador de que el perjuicio provocado por los supuestos de actos de copia privada amparados legalmente por el límite resultara “mínimo”, y por tanto estos

¹⁹¹⁵ Entre otros factores que resultaría imposible explicar aquí con la profundidad mínima necesaria.

¹⁹¹⁶ ORTEGA, ELOÍSA, y PEÑALOSA, JUAN, *Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM*, Banco de España, Documentos Ocasionales. n.º 1201, (2012). Pág. 29.

¹⁹¹⁷ Ídem. Pág 30.

¹⁹¹⁸ Que no por casualidad se denomina Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera para la Corrección del Déficit Público.

¹⁹¹⁹ Existe además un elemento propagandístico, ya que los autores, intérpretes y ejecutantes tristemente sufren una pésima imagen entre grandes estratos de la población. Los motivos son políticos, sociológicos, y de diversa índole. La consecuencia es que el Gobierno del Partido Popular tendría difícil explicar entre una parte sustancial de su electorado una hipotética provisión en los Presupuestos Generales del Estado análoga en su montante a los momentos de esplendor del canon digital.

actos no dieran origen a una obligación correlativa de compensar equitativamente a los titulares de derechos de reproducción de manera análoga a cuando el canon digital se repercutía de forma indiscriminada a las personas físicas y jurídicas ¹⁹²⁰ . El caso es que desde que se aprobó la reforma del sistema de compensación equitativa, haciéndose cargo el Estado de su financiación, la cantidad presupuestada ha sido de cinco millones de Euros anuales, pero el ámbito de actuación del límite de copia privada aún no se había reducido en el momento en que escribo estas líneas (abril del 2014). Por tanto, si el límite de copia privada es idéntico a cuando las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual recaudaban ciento cuarenta millones de Euros al año en concepto de compensación equitativa, resulta difícil explicar una reducción tan drástica del montante destinado a compensar las reproducciones realizadas al amparo del límite (cinco millones de euros anuales).

Hemos mencionado en diversas ocasiones a lo largo de las páginas anteriores los supuestos de reproducciones realizadas bajo el límite de copia privada que causan un “perjuicio mínimo” a los titulares de derechos de explotación, y que por tanto inciden directamente en el cálculo la compensación equitativa, no computándose. Por ello, se hace obligado realizar un análisis de lo que significa el criterio del “perjuicio mínimo” en relación con la compensación equitativa por copia privada. El Considerando 35 de la DDASI, como sabemos, es el más directamente relacionado con el tema de la compensación equitativa. Este Considerando trata sobre conceptos que ya hemos desarrollado en este trabajo: como el de la obligación de compensar equitativamente a los titulares de derechos; el de que los Estados miembros utilicen el “criterio del perjuicio efectivamente causado” para determinar la cuantía de la compensación, y el de la consideración de la utilización o no de medidas tecnológicas de protección en la explotación comercial de una

¹⁹²⁰ El Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto, critica esta estrategia: “*Por consiguiente, deben extremarse las cautelas en la definición del límite de copia privada y en la correlativa implantación del sistema de compensación equitativa por copia privada, pues la incorrecta aplicación de la excepción de copia privada, esto es, la inexacta definición de sus perfiles, no permite obviar el derecho de los titulares a la compensación equitativa. Al tiempo, una restricción extrema de los casos legítimos de copia privada puede tener el efecto perverso de promover un hábito de la descarga que se sitúe al margen de lo legal y que no contaría en el Anteproyecto, como después se examinará, con los medios al alcance de los titulares de derechos de propiedad intelectual para lograr la reparación del perjuicio sufrido, ya que las únicas vías de tutela son las relativas a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cometidas en el marco de la sociedad de la información, que pueden no ser aplicables en muchos de los supuestos de copia privada, que con la configuración del Anteproyecto quedarían excluidas de la licitud en su realización*”. El Dictamen del Consejo de Estado, como el Informe del CGPJ, rezuman inmovilismo en su defensa a ultranza del sistema de copia privada y compensación equitativa por copia privada. Especialmente sangrante es el caso del Dictamen del Consejo de Estado, más preocupado por no poner en situación ilícita a quienes reproducen obras desde la Red de manera no autorizada, que de defender el Derecho de propiedad.

determinada obra a la hora de compensar equitativamente a los titulares de derechos. Asimismo el Considerando menciona un asunto que analizaremos más abajo, como es el de la exclusión del ámbito de actuación del límite de copia privada, y por tanto de la compensación equitativa, de las reproducciones realizadas de manera interactiva bajo licencia del titular de derechos. Además, el Considerando incluye una última frase que el Legislador español tomó sin duda muy en cuenta a la hora de operar la reforma del límite de copia privada que preveía el AMLPI 2013, así como en el RD 1657/2012. El PMLPI mantiene en gran parte este espíritu, aunque presenta deficiencias que no existían en el Anteproyecto. El Considerando 35 de la DDASI se lee como sigue:

“En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago”.

Así, abundando sobre este punto, considera MARÍN LÓPEZ que “corresponde a los legisladores nacionales establecer cuáles son esas «determinadas situaciones» en que según el Considerando 35 de la Directiva el perjuicio causado ha sido mínimo y, por tanto, «No pueden dar origen a una obligación de pago»”¹⁹²¹. Ni en la Exposición de Motivos ni en la Disposición Adicional Décima del RD 20/2011 existe mención alguna a este asunto (no olvidemos que se trata de una Ley ómnibus cuyo único cometido fue básicamente el de derogar el sistema de canon digital anterior), aunque el punto 3 de su Disposición Adicional Décima sí que se adopta el criterio de que el

¹⁹²¹ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007. Pág. 28.

perjuicio causado al titular de derecho por parte de las copias privadas es el que determinará la cuantía de la compensación, criterio este del que aquel deriva directamente ¹⁹²² . Sí que encontraremos la que llamaremos “*regla del perjuicio mínimo*” en el más desarrollado RD 1657/2012, en cuya Exposición de Motivos se reproduce lo expuesto en el Considerando 35 de la DDASI en lo relativo a que no existe una obligación de pago de la compensación equitativa al titular de derechos cuando el daño o perjuicio económico que se le hubiese causado fuere mínimo:

“La normativa europea no regula explícitamente la forma, las modalidades de financiación y de percepción o la cuantía de dicha compensación, más allá de exigir que resulte adecuada al uso hecho de las obras o prestaciones protegidas y de indicar que un criterio útil para evaluar las circunstancias de cada caso concreto sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos, no pudiendo dar origen a una obligación de pago determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo” ¹⁹²³ .

Además, la parte dispositiva del RD 1657/2012 expone en su artículo 1 el objeto de su promulgación; es decir, qué objetivos persigue la promulgación del RD, y como se van a intentar alcanzar tales objetivos, especificando ya en su letra a) que el “*criterio del perjuicio causado*” va a convertirse en la piedra angular del nuevo sistema de la compensación equitativa por copia privada, ya que lo convierte en el único criterio legalmente válido para determinar de manera efectiva la cuantía de la compensación:

“Este real decreto tiene por objeto la regulación de:

- a) El procedimiento y los criterios objetivos para la determinación de la cuantía anual de la compensación equitativa por copia privada tomando como base el perjuicio causado.*
- b) El procedimiento de liquidación y pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado”.*

¹⁹²² Disposición Adicional Décima del RD 20/2011. Punto 3º: “*La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado*”.

¹⁹²³ Exposición de Motivos RD 1657/2012. Motivo Único.

Y en efecto, el artículo 3 del RD 1657/2012 en su punto 3º dispone que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, no darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo*”. Aunque en los puntos 1 y 2 del artículo 3 del RD 1657/2012, este aún se remite para determinar la cuantía de la compensación equitativa a la configuración que se le da al límite de copia privada según el aún vigente artículo 31.2 de la LPI ¹⁹²⁴ (es decir la redacción del artículo 31.2 de la LPI resultante de la Ley 23/2006; resultando esto lógico ya que el RD 1657/2012 se ha concebido como una Ley provisional que quedaría derogada una vez que entrare en vigor la prevista reforma parcial de la LPI ¹⁹²⁵). Por otra parte, hemos de tomar en consideración que la remisión al artículo 31.2 de la LPI vigente, queda matizada por el punto 4 del artículo 3 del Real Decreto ¹⁹²⁶ , que restringe provisional y ligeramente (o al menos no lo reforma de manera tan

¹⁹²⁴ Artículo 3 del RD 1657/2012. Puntos 1 y 2:

“1. La cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado a los titulares de los derechos de reproducción por el establecimiento de la excepción de copia privada en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, se determinará, dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio, mediante Orden del Ministro de Educación, Cultura y Deporte, conforme al procedimiento establecido en el artículo 4.

2. La cuantía de la compensación se calculará sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual como consecuencia de la reproducción por personas físicas, en cualquier soporte, a partir de obras ya divulgadas a las que haya accedido legalmente, ello en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Para la estimación de este perjuicio deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios objetivos:

- a) La estimación del número de copias realizadas, en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, excluyendo aquellas reproducciones realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas, y excluyendo, asimismo, los casos en los que queda exceptuado por ley el pago de la compensación.
- b) El impacto de la copia privada sobre la venta de ejemplares de las obras, teniendo en cuenta el grado de sustitución real de éstos por las copias privadas realizadas y el efecto que supone que el adquirente de un ejemplar o copia original tenga la posibilidad de realizar copias privadas.
- c) El precio medio de la unidad de cada modalidad reproducida, el porcentaje del precio de la copia original que va destinado a remunerar los derechos de propiedad intelectual y la vigencia de los derechos de propiedad intelectual de las obras y prestaciones reproducidas.
- d) El diferente perjuicio del establecimiento del límite de copia privada según, entre otros criterios, el carácter digital o analógico de las reproducciones efectuadas al amparo de la excepción, o la calidad y el tiempo de conservación de las reproducciones.
- e) La disponibilidad y aplicación de medidas tecnológicas efectivas a que se refiere el artículo 160.3 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”.

¹⁹²⁵ La cual parece ser que es una reforma asimismo provisional, ya que el Gobierno se ha comprometido a realizar una reforma integral de la LPI en un plazo de dos años; es decir, antes del 2015.

¹⁹²⁶ Artículo 3.4 del RD 1657/2012: “A los efectos de lo dispuesto en el presente real decreto, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 37 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, no tienen la consideración de reproducciones para uso privado las siguientes:

- a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización.
- b) Las que sean objeto de utilización colectiva o lucrativa, o de distribución mediante precio.

radical como lo hacía el AMLPI 2013 y en menor medida el PMLPI 2104) el ámbito de actuación del límite de copia privada, principalmente para adecuarlo a la Sentencia PADAWAN del TJUE. Adicionalmente, no podemos por menos que constatar que la reducción de la asignación presupuestaria por compensación equitativa bajo las reglas del RD 1657/2012 resultará sin duda considerable si la comparamos con el montante de la recaudación por canon digital que las Entidades de gestión ingresaban bajo el sistema anterior. Si tomamos como referencia la asignación que el Gobierno ha realizado en sus Presupuestos Generales por razón de este concepto bajo las reglas contenidas en Disposición Adicional Décima del RD 20/2011, no podremos por menos que constatar que el Gobierno ha reducido la cuantía de lo que se entrega a las entidades de gestión en concepto de compensación equitativa para su reparto entre los titulares de derechos afectados desde los 105 millones de euros que se recaudaron en el 2010 por las entidades de gestión bajo el extinto sistema de canon digital a los 5 millones de euros que el Gobierno asignó para el año 2012, que finalmente se convirtieron en 8.636.728,09 de Euros ¹⁹²⁷. Por tanto, no resulta disparatado aventurar que la asignación del Gobierno para financiar la compensación equitativa por copia privada durante el año 2013 será similar a aquella que se repartió en el año 2012.

Pues bien, mi conclusión tras analizar las normas contenidas en el AMLPI 2013 es que está asignación se habría reducido aún más, o incluso podría haber desaparecido por completo, ya que las normas contenidas en el Anteproyecto de Reforma de la LPI restringían enormemente el ámbito de actuación del límite de copia privada, y los pocos actos de reproducción para uso privado que los usuarios aún hubieren podido realizar al amparo del límite según el AMLPI 2013 habrían podido resultar subsumibles bajo el “*criterio del perjuicio mínimo*”, y por tanto no dar lugar a la obligación de compensar a los titulares de derechos de reproducción mediante una compensación equitativa.

Así, el artículo 1 del AMLPI 2013 acometía una redacción completamente nueva del artículo 25 de la LPI ¹⁹²⁸. Nos interesa aquí principalmente su punto 5 en que, aun remitiéndose a un eventual

c) Las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas”.

¹⁹²⁷ Boletín Oficial del Estado del 16 de noviembre de 2013, que recogía la Orden ECD/2128/2013, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012

¹⁹²⁸ Con el ánimo didáctico con el que he intentado insuflar a todo este trabajo, intentando que el lector no tenga que acudir a ninguna fuente externa para su comprensión total (sí en el caso que desee profundizar sobre algún tema), y

desarrollo reglamentario, disponía de manera expresa e inequívoca que la gran mayoría de los supuestos contemplados en la redacción del límite de copia privada según el Anteproyecto de Ley, no estaban sujetos a compensación equitativa por considerarse que el perjuicio que estos causaban a los titulares de derechos es mínimo. Así:

- a) El artículo 31 de la LPI según el AMLPI 2013 en su punto 3 excluía del ámbito de actuación del límite de copia privada, al igual que sucedía en la legislación anterior, a los programas de ordenador, las bases de datos electrónicas, y a las obras que a las que el usuario hubiera accedido de forma interactiva amparado por una licencia de uso ¹⁹²⁹. Consecuentemente estas obras no daban derecho a una compensación equitativa.

en caso de que desee contrastar este con sus redacciones anteriores (que también, tras pensarlo detenidamente he decidido incluir), paso a reproducir íntegramente el artículo 25 según quedaría redactado por el APMLI 2013 en su totalidad:

“1. La reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, para uso privado, no profesional ni empresarial, de conformidad con los apartados 2 y 3 del artículo 31, originará una compensación equitativa y única.

Dicha compensación, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, estará dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón del límite legal de copia privada.

2. Serán beneficiarios de esta compensación los autores de las obras señaladas en el apartado anterior, explotadas públicamente, y, en los casos en que corresponda, los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes.

3. El procedimiento de determinación de la cuantía de esta compensación, que contará con una consignación anual en la ley de Presupuestos Generales del Estado, así como el procedimiento de pago de la compensación, que se realizará a través de las Entidades de gestión, se ajustarán a lo reglamentariamente establecido.

4. A los efectos de la determinación de la cuantía de la compensación equitativa, no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas.

5. No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no darán origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo las siguientes situaciones:

a) La reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de radiodifusión pública para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno.

b) La reproducción por una persona física para su uso privado de obras o prestaciones protegidas lícitamente adquiridas por ésta al objeto de darle un formato diferente”.

¹⁹²⁹ Redacción del artículo 31.3 según el MAPLI 2013:

“Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:

a) Las obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija.

b) Las bases de datos electrónicas.

c) Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99”.

- b) El nuevo artículo 31.2 de la LPI según la redacción del AMLPI 2103 restringía lo que se consideraba “acceso legal” a únicos dos supuestos. El primero de ellos consistía en aquellos casos “*Cuando se realice la reproducción a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial*”¹⁹³⁰. Pues bien, la redacción del artículo 25, en su punto 5, letra b) según el Anteproyecto señalaba que no daba “origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo [...] b) *La reproducción por una persona física para su uso privado de obras o prestaciones protegidas lícitamente adquiridas por ésta al objeto de darle un formato diferente*”. ¿Y qué quería decir el Legislador con esto? Depende de lo que entendamos por “formato”. No podemos extraer ninguna interpretación auténtica de la Exposición de Motivos del AMPLI 2013, ya que no se hace en ella mención alguna sobre este importante punto. Si por “formato diferente” el Prelegislador pretendía señalar que las reproducciones analógicas que se hubieren hecho de originales digitales lícitos (y viceversa) no se hallaban sometidas a la compensación equitativa, entonces hubiera quedado cierto margen para que un gran número de actos de reproducción amparados por el límite de copia privada se computaran en el momento del cálculo de la cuantía de la compensación equitativa. Sin embargo, este no era el significado pretendido de la norma, puesto que en la actualidad (y en el año 2013) los actos de transformación de copias digitales en analógicas y viceversa representan prácticas tan residuales que no veo la razón por la que el prelegislador hubiere decidido incluirlas de manera específica en una norma tan relevante. Lo que yo creo que hay que entender que la fórmula “formato diferente” significaría en el ámbito de esta norma son los diferentes formatos digitales en que se pueden fijar las obras¹⁹³¹. Pues bien, si esto es así, prácticamente todos los actos de reproducción que se podían realizar al amparo del artículo 31.2 b) hubieren significado un “perjuicio mínimo” a efectos del artículo 25.5, y por tanto no

¹⁹³⁰ Se dejan fuera del ámbito de actuación del límite por tanto, puesto que legalmente quedan fuera del concepto de acceso legal, los casos de alquiler, préstamo por un amigo, etc. Veremos esto más abajo cuando hablemos del elemento de acceso.

¹⁹³¹ Por ejemplo, un usuario compra un DVD en que la película “Lincoln” se halla en un formato de sistema de archivos UDF (universal disk format o formato de disco universal) o Joliet; y realiza una copia que implica una transformación a un sistema de archivos MP4, “Audio Video Interleave” (AVI), o “Matroska” “mkv”, para ser capaz de ver la película en una tableta o “tablilla”.

habrían dado origen a la obligación para el Estado consistente en presupuestar una compensación equitativa para los titulares de derechos.

- c) El segundo supuesto de “*acceso legal*” que recogía el artículo 31.2 de la LPI, según el AMLPI 2013, se refería al acceso que se realiza por medio de una comunicación radiodifundida de la obra. El supuesto segundo del artículo 31.2 de la LPI según el AMLPI 2013 (una vez eliminados los actos de comunicación interactiva mediante licencia del ámbito de actuación del límite) restringía lo que se hubiere de considerar acceso legal del usuario a la obra mediante su comunicación a las ocasiones “*cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno*”. Esto no es otra cosa que la reproducción temporal a efectos de “*time-shifting*”¹⁹³². También en este supuesto la redacción en el Anteproyecto del artículo 25, en su punto 5º, letra a) disponía que no daba “*origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo [...] a) La reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de radiodifusión pública para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno*”. Por tanto, también aquí, igual que en el primer supuesto, el legislador había regulado un acto de reproducción no autorizado, pero permitido por el límite de copia privada, con la manifiesta intención de excluirlo simultáneamente del régimen de compensación equitativa.

El resultado final de todo lo expuesto hasta ahora se explicaría con una situación hipotética: a) Supongamos que el AMLPI 2013 se hubiera convertido en la Ley de reforma de la LPI tal y como estaba redactado antes de que hubiera terminado el año 2014. b) Supongamos también que el Gobierno hubiere asignado en este supuesto 0 euros en concepto de compensación equitativa para los actos de reproducción en formato digital no autorizados y realizados al amparo del límite de

¹⁹³² Que existía también en países con un límite de copia privada restringido (pero fuera de él), como EE.UU. (en que se incardinaba en el “*fair use*”), y en el “Reino Unido”. En ninguno de estos países estos actos de reproducción tan derecho a una compensación a los titulares del copyright.

copia privada en sus Presupuestos Generales del Estado proyectados para el año 2015 (recordemos que la asignación proyectada tomando como referencia la redacción vigente del artículo 31.2 para el año 2012 fue de 5 millones de euros). Pues bien, sumando el carácter extremadamente restrictivo de la redacción legal del límite de copia privada según en Anteproyecto a la aplicación del “criterio del perjuicio mínimo” para los actos de reproducción que se hubieren realizado al amparo del límite que aún hubieran estado legalmente permitidos, y añadiéndole a la operación las restricciones y exclusiones legales operadas sobre el límite por el AMLPI 2013, y considerando asimismo el impacto de las medidas tecnológicas de protección, que como hemos indicado anteriormente, no se pueden legalmente eludir, en este escenario hubiera sido perfectamente posible y ajustado a derecho, ya que a mi juicio habría cumplido formalmente con todos los requisitos impuestos por la legislación comunitaria¹⁹³³. El Legislador hubiere entonces logrado la cuadratura del círculo: habría conseguido mantener un límite de copia privada razonable manteniendo formalmente la compensación equitativa, pero sin tener que compensar equitativamente de hecho a los titulares de derechos, puesto que los actos de reproducción que hubiera permitido límite, y que serían básicamente de “*format-shifting*” (y que hubieran satisfecho además las necesidades derivadas del “*space-shifting*”) y de “*time-shifting*”, escaparían a la obligación de la compensación equitativa por imperativo legal.

Quizá el anterior sea un supuesto exagerado y el Gobierno de España nunca hubiera asignado cero euros en sus Presupuestos Generales del Estado para compensar equitativamente a los titulares de derechos por razón de las copias privadas, pero no me cabe ninguna duda que de haberse llevado a cabo la reforma de la LPI prevista en el AMLPI 2013 las asignaciones que presupuestariamente se hubieren realizado bajo esta regulación se habrían convertido en insignificantes en cuanto a su

¹⁹³³ El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, en su punto 36, criticaba las repercusiones que la reforma hubiera tenido sobre el mercado interior comunitario: “*En este sentido, el sistema de compensación no basada en canon que el legislador español proyecta consolidar, está llamado a producir una distorsión en el mercado interior, puesto que no es ya que los equipos, aparatos y soportes de reproducción idóneos estarán sujetos en España a un gravamen más bajo que en otros países comunitarios, sino que dicho gravamen tendrá un valor cero. Quienes comercialicen esa clase de objetos destinados a consumidores españoles no tendrían que abonar canon alguno, que por lo mismo tampoco se repercutiría a esos consumidores, mientras que quienes comercialicen esos mismos productos en otro país que prevea un sistema de compensación basado en un canon (v. gr. Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Suecia, Holanda, Portugal) tendrán que abonarlo, y sus consumidores a la postre soportarlo*”. Sin embargo, España no hubiera sido el único país con un límite de copia privada extremadamente restringido, ya que en el Reino Unido y en Irlanda existen legislaciones que prácticamente no contemplan el límite, y lógicamente estas desigualdades en cuanto a la participación en la compensación equitativa ya existían. Se olvida por el CGPJ que la DDASI no obliga a los Estados miembros a adoptar un límite de copia privada en sus respectivas legislaciones nacionales,

cuantía de manera permanente. Era así este y no otro el verdadero motivo de la reforma realizada sobre el límite de copia privada ¹⁹³⁴ .

Sin embargo, meses después de que yo hubiera llegado (y puesto negro sobre blanco) a la conclusión que acabo de exponer, se hizo público el Inf. CGPJ, que parece coincidir en que el AMLPI 2013 contenía una estrategia legal consistente en reconocer un límite de copia privada tan restringido, que justificaba la reducción del montante total de la compensación equitativa entregada a las Entidades de gestión de 140 millones de Euros anuales a los exiguos cinco que se destinaron por parte de los Presupuestos Generales del Estado a tal concepto en para el año 2012 (y que acabaron siendo 8,6 millones). Y de hecho en el Inf. CGPJ se puede leer lo siguiente:

“Por otro lado, la más estrecha configuración del límite de copia privada, la cual justificaría una disminución de la cuantía de la correspondiente compensación equitativa, podría situar el límite y la compensación en unos niveles tan exigüos que los titulares no se vieran compensados adecuadamente del perjuicio efectivamente sufrido a consecuencia del fenómeno de la reproducción privada” ¹⁹³⁵ .

Y además, el Inf. CGPJ señala expresamente lo que yo mismo he explicado más arriba: que la restricción que se hubiera practicado sobre el ámbito de actuación del límite de copia privada, unida a la aplicación del “*criterio del perjuicio mínimo*”, hubiera permitido justificar la sustancial reducción en el montante asignado por los PPGGE (de aquí en adelante yo también utilizaré este acrónimo para referirme a los Presupuestos Generales del Estado) destinado a compensar equitativamente a los titulares de derechos de reproducción por la realización de copias privadas por parte de los usuarios. Sin embargo, el Inf. CGPJ (del que se deduce una nostalgia infinita por el sistema de canon digital ¹⁹³⁶) ve esta nueva regulación como problemática, ya que en su análisis del AMLPI 2013 se puede leer lo siguiente:

“...el sistema de relaciones entre el límite de copia privada y su compensación, tal y como aparece diseñado en el Anteproyecto, adolecería de un vicio estructural, dado que en

¹⁹³⁴ Aunque quiero creer que el Gobierno habrá tenido en cuenta al menos la desastrosa imagen que nuestro país ha dado a todos los países de nuestro entorno cultural, sociológico y económico bajo la legislación anterior.

¹⁹³⁵ Inf. CGPJ. Punto 13.

¹⁹³⁶ Nostalgia que se apoya en las recomendaciones realizadas por el ex comisario europeo de Justicia e Interior, ANTONIO VITORINO, y que comparte con el Dictamen del Consejo de Estado sobre la reforma de la LPI...

ninguna de las dos únicas situaciones en las que una reproducción para uso privado puede confeccionarse lícitamente, se prevé que las copias así realizadas vayan a generar obligación de compensación, lo que es tanto como decir que no habrá posibilidad legal de que se genere en ningún caso obligación de abonar la compensación equitativa por copia privada. Se trata, sin duda, de un efecto no deseado, pues de otro modo carecería de sentido que el prelegislador hubiese redactado los cuatro primeros apartados del art. 25, destinados a regular el sistema de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los PPGGE”¹⁹³⁷ .

Y además:

“A esta inconsistencia probablemente se llega por el afán de reducir al máximo el ámbito de aplicación del límite de copia privada, afán por lo demás lógico si se piensa que, en un sistema como el del Anteproyecto, es el propio Estado que diseña el límite el que deberá sufragar después la compensación a él anudada. El problema es que cuando las copias privadas cuya realización se permite son tan pocas, es proporcionalmente más fácil que el límite quede situado en los dominios del perjuicio mínimo. Frente a este planteamiento, partiendo de que la Directiva 2001/29 (Considerando [35]) señala que las situaciones de perjuicio mínimo no deben dar derecho a compensación, la delimitación del límite tendría que hacerse de tal manera que las copias realizables a su amparo sobrepasen de un modo significativo aquellas situaciones de perjuicio mínimo, ya que de otro modo no se cumpliría el requisito de que el Estado miembro que incorpore el límite reconozca al mismo tiempo una compensación que palíe de manera efectiva el perjuicio causado por aquél. Por tanto, si el legislador quiere definir algunas situaciones de perjuicio mínimo en el art. 25 LPI, tendrá que poner cuidado en que éstas queden a suficiente distancia de las que haya tomado como referencia para definir el propio límite de copia privada, so riesgo de que la compensación equitativa correspondiente quede vacía de contenido. De no hacerse de este modo, podría suceder que a la postre el sistema diseñado por el legislador español resultase contrario al Derecho de la UE no ya por la decisión de abandonar el sistema de canon y desplazar hacia el erario público la carga de abonar la compensación equitativa por copia privada, sino por una visión excesivamente restrictiva del límite que

¹⁹³⁷ Inf. CGPJ. Punto 45.

hace equivaler las únicas copias privadas permitidas a las situaciones que a su vez son de perjuicio mínimo, de tal forma que la obligación de abonar la compensación resulta de facto inexistente, o no capta el perjuicio realmente causado a los titulares por copias que merecerían haber sido calificadas como lícitas al amparo del límite” ¹⁹³⁸ .

Es decir, que el CGPJ viene a decir que el Gobierno no puede vaciar de contenido el límite para reducir el montante de la compensación equitativa al mínimo. Si existe (dice expresamente el CGPJ) un límite de copia privada, este ha de exceder de los supuestos de “*perjuicio mínimo*” en cuanto a su ámbito de aplicación, y ha de ser compensado adecuadamente. Es por esto (y por la experiencia sufrida con la farragosa e inútil aprobación de la “Ley Sinde”, experiencia que España no se puede permitir dada la urgencia existente en revertir la situación actual), por lo que proponía eliminar completamente el límite de copia privada del ámbito digital, ya que de todas formas, los supuestos de libre reproducción que se permitían en el AMLPI 2013 bajo el amparo del límite, no necesitaban en absoluto la existencia de este, como demuestra la experiencia de los EE.UU.

El Dictamen del Consejo de Estado Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013 de 11 de noviembre de 2013 critica el Anteproyecto argumentando que no resulta conforme con la normativa europea:

“Las ya citadas Sentencias del TJUE de 2013 VG WORT y Amazon contra Austro-Mechana no parecen dejar lugar a dudas cuando afirman que "el hecho de que un Estado miembro no haya garantizado la correcta aplicación de la excepción de copia privada no implica en absoluto la eliminación de la compensación equitativa debida a los titulares de los derechos quienes, por otra parte, pueden sufrir un perjuicio adicional, precisamente por razón de tal omisión de dicho Estado miembro" (VG WORT, apartado 54), y que "el sistema de percepción elegido por el Estado miembro de que se trate no puede sustraerle de la obligación de resultado consistente en garantizar a los titulares del derecho de reproducción exclusivo afectados el pago efectivo de una compensación equitativa como indemnización del perjuicio producido en su territorio" (Amazon contra Austro-Mechana, apartado 60)”

¹⁹³⁸ Inf. CGPJ. Punto 46.

Quizá esta interpretación sea la correcta y si un Estado miembro establece un límite de copia privada, no puede hacer lo que el prelegislador pretendió en el Anteproyecto de Ley: prácticamente vaciar el límite de contenido mediante la restricción de su ámbito de actuación, y excluir de la percepción de la compensación equitativa los supuestos de reproducción no autorizada por los titulares de derechos que sí que permite el límite con la excusa de que tales actos son “*de perjuicio mínimo*”. No obstante la Sentencia del TJUE en el caso VG WORT reconoce explícitamente que un Estado miembro no está obligado a adoptar el límite de copia privada:

“Asimismo, procede destacar que, en virtud del artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/29, los Estados miembros pueden decidir introducir, en su Derecho interno, excepciones o limitaciones al derecho exclusivo de reproducción. En el caso de que un Estado miembro no utilice dicha facultad, el titular de los derechos conserva, en dicho Estado, su derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción de sus obras o prestaciones protegidas” ¹⁹³⁹ .

Y el mismo TJUE en el caso AMAZON contra AUSTRO-MECHANA señalaba asimismo de manera expresa que:

“Sin embargo, en virtud del artículo 5, apartado 2, letra b), de esta Directiva, los Estados miembros pueden establecer excepciones o limitaciones a ese derecho de reproducción exclusivo cuando se trate de reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, lo que constituye la excepción denominada «de copia privada»” ¹⁹⁴⁰ .

Y de la misma Sentencia:

“El Tribunal de Justicia ya ha declarado que cuando los Estados miembros deciden establecer en su Derecho interno la excepción de copia privada están obligados, en particular, en virtud del citado artículo 5, apartado 2, letra b), a regular el abono de una «compensación equitativa» a favor de los titulares del derecho de reproducción exclusivo

¹⁹³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 27 de junio de 2013. Caso Verwertungsgesellschaft Wort (VG WORT) contra Kyocera et al. Punto 36.

¹⁹⁴⁰ Sentencia del Tribunal De Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 11 de julio de 2013. Caso Amazon.com International Sales Inc., (AMAZON) contra Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft m.b.H. (AUSTRO MECHANA). Punto 18

(véanse las sentencias de 21 de octubre de 2010, Palawan, C-467/08, Rec. p. I-10055, apartado 30, y de 16 de junio de 2011, Stichting de Thuisakopie, C-462/09, Rec. p. I-5331, apartado 22)” ¹⁹⁴¹ .

Así, si el prelegislador, el Gobierno de España hubiera querido dictar una norma que le librara de compensar a los titulares de derechos adecuadamente por razón del límite de copia privada, y además cumplir estrictamente con el Derecho Comunitario, lo tenía muy fácil: simplemente habría tenido que eliminar el límite de copia privada del ordenamiento jurídico (al menos en el ámbito digital). Si no existe el límite de copia privada (que de todos modos plantea más problemas de los que resuelve cuando se trata de adaptar al ámbito digital), no existe la obligación de arbitrar una correlativa compensación equitativa. Así de fácil.

Sin embargo, el prelegislador ha preferido corregir el Anteproyecto, y así en el Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en el Boletín General de las Cortes Generales el 21 de febrero de 2014 (el PMLPI 2014), realiza una reforma del Anteproyecto que se queda a medio camino ya que pretende ampliar el ámbito de actuación del límite de copia privada y al mismo tiempo no compensar adecuadamente a los titulares de derechos por ello. El Proyecto de Ley se encuentra destinado al fracaso, y resulta incierto lo que quedará de él tras su paso por las Cortes Generales. Si llega a aprobarse de todas maneras tal y como está redactado (el Partido Popular goza de mayoría absoluta en ambas Cámaras), las objeciones planteadas por el Consejo de Estado en cuanto a su adecuación al Derecho Comunitario permanecerán.

Así, el PMLPI 2014 propone un nuevo artículo 25 para la LPI ¹⁹⁴² . La redacción del punto 1 del artículo no varía del AMLPI 2103 al PMLPI 2104. Este punto reproduce en gran medida la

¹⁹⁴¹ Idem. Punto 19.

¹⁹⁴² El artículo 1 del PMLPI 2014 plantea esta nueva modificación del artículo 25:

“Se modifica el artículo 25, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 25. *Compensación equitativa por copia privada.*

1. *La reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales, de conformidad con los apartados 2 y 3 del artículo 31, originará una compensación equitativa y única para cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas.*

regulación del límite de copia privada de los puntos 2 y 3 del propuesto artículo 31 de la LPI (aunque existan diferencias entre la regulación de estos en el Proyecto y el Anteproyecto, el artículo 25.1 menciona elementos que permanecen en ambas redacciones), remitiéndose a dichos puntos expresamente. Por tanto, el artículo 25.1 del Proyecto de Ley obviamente se remite a la redacción del PMLPI 2104 del límite, redacción que contempla un límite más amplio que el Anteproyecto, como ya hemos señalado (y como volveremos a señalar). Por tanto, en principio la cuantía destinada a compensar equitativamente a los titulares de derechos de explotación sobre la obra reproducida al amparo del límite habría de ser necesariamente más elevada siguiendo el Proyecto de Ley que siguiendo el Anteproyecto; aunque no resulta fácil deducir esto de la redacción del Artículo 25 del PMLPI 2014. Además, el propuesto artículo 25.1 reitera que la compensación equitativa se financiará a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, desoyendo el prelegislador por lo tanto las recomendaciones de volver a un sistema de canon digital modificado para adaptarse a la Sentencia PADAWAN tanto del Inf. CGPJ como del Dictamen del Consejo de Estado.

Dicha compensación, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, estará dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón del límite legal de copia privada.

2. Serán beneficiarios de esta compensación los autores de las obras señaladas en el apartado anterior, explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en dicho apartado, conjuntamente y, en los casos y modalidades de reproducción en que corresponda, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes.

3. El procedimiento de determinación de la cuantía de esta compensación, que será calculada sobre la base del criterio del perjuicio causado a los beneficiarios enumerados en el apartado 2 debido al establecimiento del límite de copia privada en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 31, y contará con una consignación anual en la ley de Presupuestos Generales del Estado, así como el procedimiento de pago de la compensación, que se realizará a través de las entidades de gestión, se ajustarán a lo reglamentariamente establecido.

4. A los efectos de la determinación de la cuantía de la compensación equitativa, no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado:

a) las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital adquiridos por personas jurídicas, que no se hayan puesto, de hecho ni de derecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas;

b) las realizadas por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras y prestaciones protegidas en el ejercicio de su actividad, en los términos de dicha autorización.

5. No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno.

6. En la determinación de la cuantía de la compensación equitativa podrá tenerse en cuenta, en los términos que se establezca reglamentariamente, la aplicación o no, por parte de los titulares del derecho de reproducción, de las medidas tecnológicas eficaces que impidan o limiten la realización de copias privadas o que limiten el número de éstas.»”.

El artículo 25.2 según el PMLPI 2014 enumera los beneficiarios de la compensación equitativa, que serán los autores “*conjuntamente*” (término que no incluía el Anteproyecto, y que es la única novedad reseñable del Proyecto de Ley en este punto) con los “*editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas*”. Ambas redacciones señalan que la compensación equitativa resulta irrenunciable por parte de sus beneficiarios, circunstancia que ya se mencionaba en el artículo 25 emanado de la Ley 23/2006.

El artículo 25.3 de la LPI según queda redactado en el Proyecto de Ley contiene una importante modificación sobre el Anteproyecto, ya que aquel se remitía a la aprobación de un eventual reglamento para la determinación de la asignación presupuestaria destinada a financiar la compensación equitativa, señalando que esta se repartiría a los titulares de derechos de explotación a través de las Entidades de Gestión. Sin embargo el Anteproyecto no establecía ningún criterio objetivo para la eventual determinación reglamentaria de la cuantía destinada a financiar la compensación equitativa, mientras que el Proyecto de Ley sí que establece que el criterio que habrá de seguirse a estos efectos es el de la cuantía “calculada sobre la base del criterio del perjuicio causado a los beneficiarios enumerados en el apartado 2”. Esta norma resulta extremadamente genérica y difusa, y sin llegar a la especificación casi reglamentaria de anteriores versiones del artículo 25 de la LPI, no le hubiera costado nada al prelegislador al menos reproducir los cinco criterios que utilizaba el Artículo 3.2 del RD 1657/2012 para definir como se concretiza el criterio del perjuicio causado ¹⁹⁴³.

¹⁹⁴³ Aunque ya hemos reproducido estos cinco criterios con anterioridad en este trabajo, los vuelvo a reproducir aquí por su relevancia y para mayor comodidad del lector:

“a) *La estimación del número de copias realizadas, en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, excluyendo aquellas reproducciones realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas, y excluyendo, asimismo, los casos en los que queda exceptuado por ley el pago de la compensación.*

b) *El impacto de la copia privada sobre la venta de ejemplares de las obras, teniendo en cuenta el grado de sustitución real de éstos por las copias privadas realizadas y el efecto que supone que el adquirente de un ejemplar o copia original tenga la posibilidad de realizar copias privadas.*

c) *El precio medio de la unidad de cada modalidad reproducida, el porcentaje del precio de la copia original que va destinado a remunerar los derechos de propiedad intelectual y la vigencia de los derechos de propiedad intelectual de las obras y prestaciones reproducidas.*

d) *El diferente perjuicio del establecimiento del límite de copia privada según, entre otros criterios, el carácter digital o analógico de las reproducciones efectuadas al amparo de la excepción, o la calidad y el tiempo de conservación de las reproducciones.*

En cuanto al artículo 25.4 de la LPI, tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de Ley define las exclusiones de lo que se considera legalmente “reproducciones para uso privado” a efectos de su cómputo en el cálculo de la compensación equitativa. Aquí sí que existen diferencias notables entre el AMLPI 2013 y el PMLPI 2104, ya que el primero utiliza una fórmula muy genérica e innecesaria, puesto que excluye de las reproducciones que han de considerarse a efectos de calcular la compensación equitativa *“las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas”*, exclusión que se podía deducir del artículo 31.2 a) de la LPI, redactado según el propio Anteproyecto; mientras que el segundo (el Proyecto de Ley) en esta ocasión mejora esta fórmula (aunque también se podría alegar su redundancia), ya que divide en dos apartados las reproducciones que no se han de considerar de uso privado a efectos de la compensación equitativa. El primer apartado es consecuencia directa de la Sentencia PADAWAN del TJUE, y excluye de la consideración de reproducciones para uso privado *“las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital adquiridos por personas jurídicas, que no se hayan puesto, de hecho ni de derecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas”*. Hay que recordar que bajo el extinto sistema de canon digital, este se repercutía a las personas jurídicas y a los profesionales, a pesar de que su adquisición de aparatos y soportes capaces de realizar o contener fijaciones de obras sujetas al Derecho de Autor obviamente no albergaba el objetivo de realizar copias para uso privado, ya que la Ley (y la DASSI) era y es taxativa en cuanto a que el límite de copia privada solo cubre reproducciones realizadas por “personas físicas para su uso privado”. Se podría alegar que este supuesto del artículo 25 es redundante, puesto que el artículo 31.2 a) según el propio PMLPI 2014 ya excluye expresamente del límite de copia privada las reproducciones llevadas a cabo por *“una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales”*. En cuanto al segundo supuesto, el artículo 25.4 b) no considera legalmente como reproducciones para uso privado a efectos de la compensación equitativa *“las realizadas por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras y prestaciones protegidas en el ejercicio de su actividad, en los términos de dicha autorización”*, lo

e) *La disponibilidad y aplicación de medidas tecnológicas efectivas a que se refiere el artículo 160.3 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”*.

cual representa otra obviedad, ya que la función principal del límite de copia privada siempre ha consistido en suplir legalmente la autorización del titular del derecho de reproducción, y en este sentido el artículo 31.2 de la LPI según queda redactada por el Proyecto de Ley señala expresamente que toda reproducción realizada al amparo del límite “*no necesita autorización del autor*”¹⁹⁴⁴.

Por su parte, el artículo 25.5 de la LPI, tanto en la versión del Anteproyecto de Ley como en la del Proyecto, se ocupa de señalar cuales son las situaciones en la reproducción realizada al amparo del límite provoca un “perjuicio mínimo” al titular de derechos, y por tanto no debería computarse a efectos del cálculo de la cuantía presupuestada para financiar la compensación equitativa. El AMLPI 2013 hacía una remisión a un eventual reglamento que hubiere desarrollado de manera más amplia los supuestos de “*perjuicio mínimo*”, además de reconocer legalmente dos supuestos en que tal perjuicio mínimo habría de ser reconocido. Los actos de reproducción que se hubieren realizado bajo estos dos supuestos, por tanto, no se deberían haber computado a efectos de la compensación equitativa. El supuesto de “perjuicio mínimo” contemplado en el artículo 25.5 a), según el Anteproyecto, excluía del cálculo de la compensación equitativa “la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de radiodifusión pública para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno”. Es decir, los actos que el artículo 31.2. b) 2º, según redacción del AMLPI 2013, constituían uno de los dos supuestos en los que se habría realizado por parte del usuario un “acceso legal” a la obra. Este supuesto es, como hemos señalado anteriormente, el que

¹⁹⁴⁴ Es de suponer que la inclusión de este punto aparentemente tan obvio se encuentra motivado por las recomendaciones del ex Comisario VITORINO de la UE. Especialmente por la primera Recomendación:

“*I) Con el objeto de favorecer el desarrollo de nuevos e innovadores modelos de negocio en el ámbito exclusivo del mercado digital, basados en contratos de licencia entre los proveedores de servicios y los titulares de derechos de explotación, recomiendo*

- *Clarificar que las copias que se realicen por parte de los usuarios finales con fines privados en el contexto de un servicio que ya ha sido licenciado por parte de los titulares de derechos no causan ningún perjuicio que requeriría una remuneración adicional en forma de una tasa sobre la copia privada*”.

“*I) In order to favor the development of new and innovative business models in the digital single market, based on licensing agreements between service providers and rightholders, I recommend:*

- *Clarifying that copies that are made by end users for private purposes in the context of a service that has been licensed by rightholders do not cause any harm that would require additional remuneration in the form of private copying levies*”.

VITORINO, ANTÓNIO, *Recommendations Resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies*. Comisión Europea, Bruselas, 31 enero de 2013. Pág. 4. Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf. (Consultado por última vez el 11 de abril de 2014) (Traducción del autor).

se hacía para cubrir necesidades derivadas del “*time-shifting*”, y claramente resultaba de “perjuicio mínimo”, puesto que las reproducciones realizadas a su amparo, no tendrían en ningún caso carácter sustitutivo. Sin embargo, el PMLPI 2104, de manera inconsecuente con la nueva redacción del artículo 31.2 b) 2º, señala que se considerarán legalmente como actos de reproducción que causan un “*perjuicio mínimo*” a los titulares de derechos aquellos en que se realice la “*reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno*”. Como he señalado más arriba, este punto 5 del artículo 25 bajo la redacción del Proyecto de Ley resulta inconsistente con la nueva redacción del artículo 31.2 b) 2º de la LPI, ya que este realiza numerosos cambios sobre la redacción del Anteproyecto, empezando por eliminar el requisito de temporalidad de las reproducciones que se mantiene en el artículo 25.5. Al eliminar este requisito, las reproducciones realizadas al amparo del artículo 31.2 b) 2º pierden su carácter sustitutivo. Además, este mismo artículo sustituye la expresión “radiodifusión”, por “comunicación mediante difusión de imagen y sonido”, ampliando los supuestos en que se considere haya habido “acceso legal” y por ello el ámbito de actuación del propio límite de copia privada; si bien es cierto que resulta difícil aprehender exactamente cuáles son los supuestos en que ha existido legalmente un “acceso legal” a la obra según el artículo 31.2 b) 2º según el Proyecto de Ley; especialmente si se pone esta norma en relación con el proyectado artículo 25.5. Por último, la exigencia que la reproducción sea “individual” se mantiene en ambos artículos (31.2 b) 2º y 25.5) según el Anteproyecto, lo que habría de tener incidencia al calcular la compensación equitativa, pero no si el requisito de “individualidad” no va unido al de “temporalidad”. En cuanto al supuesto b) del artículo 25.5 según la redacción emanada del Anteproyecto, consideraba este de “perjuicio mínimo” las reproducciones realizadas “*por una persona física para su uso privado de obras o prestaciones protegidas lícitamente adquiridas por ésta al objeto de darle un formato diferente*”; es decir, las realizadas para satisfacer las exigencias del “*format-shifting*”, piedra angular de la era digital. Este artículo se debía leer en relación con el artículo 31.2 b) 1º de la LPI según el Anteproyecto, en el que se exigía para que se pudiera hablar en puridad de “acceso legal” que el usuario hubiera adquirido el soporte en que se encontrara la copia matriz en propiedad por compraventa comercial. Así, el usuario hubiera podido realizar copias privadas de la obra que contuviera ese soporte, normalmente para usarlas o disfrutarlas en otro formato (que normalmente se utilizaría en un

aparato portátil, lo cual hubiera satisfecho además las exigencias derivadas del “*space-shifting*”. Las copias realizadas bajo estas circunstancias no tendrían carácter sustitutivo, por lo que hubiera resultado correcto haberlas incluido entre las que simplemente causare un “perjuicio mínimo” a los titulares de derechos. Lo que ocurría es que de la regulación del Anteproyecto se podría inferir que se vaciaba de contenido en límite, y que los supuestos que aún incluía resultaban en su totalidad de “perjuicio mínimo”, por lo que en teoría ninguno hubiera dado derecho a la compensación equitativa. El Proyecto de Ley simplemente elimina este supuesto del artículo 25.5, por lo que no sabemos si este queda fuera de los actos de reproducción de “perjuicio mínimo”, o pretende incluir estos supuestos de nuevo en su eventual desarrollo reglamentario.

Por último, el PMLPI 2104 añade un punto sexto al artículo 25: “*En la determinación de la cuantía de la compensación equitativa podrá tenerse en cuenta, en los términos que se establezca reglamentariamente, la aplicación o no, por parte de los titulares del derecho de reproducción, de las medidas tecnológicas eficaces que impidan o limiten la realización de copias privadas o que limiten el número de éstas*”. El Anteproyecto no podía incluir este punto, puesto que como hemos visto derogaba los puntos 1ª) y 4 del artículo 161 de la LPI, derogación que se elimina en el Proyecto de Ley.

En resumen, resulta bastante difícil discernir qué clase de regulación pretende exactamente el prelegislador con el PMLPI 2014. El Anteproyecto, aunque criticable, al menos gozaba de cierta cohesión interna (bastante más que el Proyecto de Ley). Para averiguarlo, habría que esperar en todo caso al eventual Reglamento de desarrollo del artículo 25, puesto que del artículo 25 del Proyecto de Ley se puede deducir una cosa (que se conserva la consideración general de que todos los actos de reproducción realizados al amparo del límite son de “perjuicio mínimo”, y no dan derecho por tanto a compensación equitativa), y la contraria (que se amplía el ámbito de actuación del límite, y por tanto la cantidad proyectada por el Gobierno para financiar la compensación equitativa habrá necesariamente de ser sustancialmente más elevada de la cantidad que se destina en la actualidad a este efecto) .

6.3.2 **Elementos subjetivos.**

6.3.2.1 **Que el sujeto que realiza el acto de reproducción sea una persona física.**

La utilización de la expresión “*persona física*” en el artículo 31.2 de la LPI es una exigencia derivada de la traslación de la DDASI al Derecho nacional español, y por tanto no apareció en nuestro Ordenamiento Jurídico hasta la reforma operada sobre la LPI por parte de la Ley 23/2006. Hasta entonces, el término utilizado para señalar el beneficiario potencial del límite de copia privada era la expresión (tomada del derecho francés) “*copista*”. Así, el tenor literal del artículo 31.2., según la redacción de la LPI de 1987, era “*Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: [...] 2.º Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa*”. Y la redacción del TRLPI de 1996 disponía que “*las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor [...] 2.º Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa*”. Esta redacción dio pie a la discusión primigenia sobre este elemento, qué versaba sobre lo que se hubiere de entender exactamente por “*copista*”; es decir, si por “*copista*” habría de deducirse la persona física que utilizara la copia en su propio provecho, o la persona física o jurídica que materialmente realizara las copias para su posterior entrega al particular usuario que las hubiere encargado ¹⁹⁴⁵. De la dificultad de aseverar quién hubiere de ser calificado como “*copista*” a efectos legales da fe GÓNZALEZ DE ALAIZA, que identificaba hasta cuatro sujetos diferentes que podían designarse como “copistas” bajo esta redacción legal del límite de copia privada. La consideración de quien fuere el “*copista*” variaba entonces dependiendo del criterio que se utilizase:

“1.º criterio material, la persona que realiza materialmente la copia, es decir, el sujeto que ya sea de forma manual o valiéndose de procedimientos técnicos, cuya puesta en marcha y ejecución controla, obtiene a partir del original o de una copia del mismo otro ejemplar de la obra (por ejemplo, el empleado de una copistería o el usuario de un ordenador que navega por Internet); 2.º criterio económico, la persona que controla, mantiene y, generalmente, explota los mecanismos técnicos que permite la reproducción (por ejemplo, los propietarios de establecimientos de reprografía y, recientemente, los propietarios de aparatos reproductores de CD’s o de cibercafés); 3.º criterio intelectual, el sujeto que dirige el proceso e intelectualmente, es decir, la persona que elige o decide la obra que

¹⁹⁴⁵ GÓNZALEZ, AGUSTÍN, *La compensación equitativa por copia privada digital en la ley 23/2006, de 7 de julio*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº15 2006. Págs. 31-44.

será objeto de reproducción. Este sujeto no coincide necesariamente, aunque puede hacerlo, con aquel otro que se encarga del trabajo manual o mecánico de reproducción, ni con el propietario de los mecanismos que posibilitan la copia; y 4.º criterio finalista, puede calificarse como copista al destinatario último de la copia, aunque no haya sido este impulso de la misma ni haya intervenido en su proceso de realización. Estoy pensando En la copia de CD's musicales que se entregan a título lucrativo o el del envío de e-mails en los que se adjunta un documento cargado de derechos de autor (p. ej. Una fotografía, un texto o un archivo mp3)” ¹⁹⁴⁶ .

Por su parte, LÓPEZ MAZA identificaba dos personas físicas y una persona jurídica que se podían identificar potencialmente como “copistas” bajo la regulación legal anterior a la Ley 23/2006 del límite de copia privada. Este autor se fijó en las posibles situaciones que se podían dar en el plano real para realizar su delimitación de los potenciales beneficiarios del límite:

- a) *“La persona que realmente realiza la copia, es decir, aquella que posee los medios adecuados para efectuar la reproducción y los utiliza para obtenerla”* ¹⁹⁴⁷ . Este potencial “copista” lo podría también ser siguiendo los tres primeros criterios desarrollados por GÓNZALEZ DE ALAIZA (los criterios material, económico, e intelectual), aunque no necesariamente según el último (criterio finalista).

- b) *“El establecimiento que ostenta la titularidad de los instrumentos necesarios para la práctica de las copias y que se dedica a la realización de copias. Serían los supuestos de copias por encargo”* ¹⁹⁴⁸ . Este establecimiento (persona jurídica) podría ser considerado legalmente como “copista” atendiendo al criterio económico, y también podría serlo atendiendo a un criterio material, siempre que los responsables del establecimiento realizaren además actualmente la copia, o incluso si simplemente pusieran o dejaran a disposición del usuario/autor material los medios necesarios para realizar la copia. No

¹⁹⁴⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 162.

¹⁹⁴⁷ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 202.

¹⁹⁴⁸ Ídem.

obstante, el establecimiento nunca sería el “copista” atendiendo a un criterio intelectual o finalista.

- c) *“La persona que realiza la copia sirviéndose de instrumentos de titularidad ajena”*¹⁹⁴⁹. En este caso podríamos hablar de “copista” atendiendo a un criterio material, pero no atendiendo a un criterio económico. Además en este caso también podríamos hablar propiamente de “copista” atendiendo a un criterio intelectual. En cuanto al criterio finalista, podríamos hablar de “copista” o no dependiendo que la persona que realice la copia sirviéndose de instrumentos de titularidad ajena la efectuara para sí mismo o para otra persona. En este último caso, no podríamos hablar de “copista” atendiendo al criterio finalista.

Por tanto, el término “copista” planteaba bastantes problemas interpretativos, especialmente en lo referente a las llamadas “copias de encargo”. La solución legal a esta problemática parecía encontrarse en el Real Decreto 1434/1992 (que ya hemos mencionado en este trabajo al hablar de la remuneración compensatoria). Esta norma, en su artículo 10.1 a) señalaba que *“1. A los efectos de lo dispuesto en el presente título, no tiene la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del apartado 2 del artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual: a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización”*. Por tanto, solamente se consideraban legalmente como copistas según el Real Decreto 1434/1992 solamente a aquellas personas físicas que coincidieran con el primer grupo de la clasificación de LÓPEZ MAZA (*“La persona que realmente realiza la copia, es decir, aquella que posee los medios adecuados para efectuar la reproducción y los utiliza para obtenerla”*) y, siguiendo la clasificación de GONZÁLEZ DE ALAIZA, “copistas” serían aquellos en los que coincidieran a la vez los criterios material, económico, intelectual y finalista. “Copista”, de acuerdo con el Real Decreto 1434/1992 era entonces quien realizaba materialmente la copia para sí, con sus propios medios, y sin intención de transmitir tal copia un tercero, con lo cual se solventaba el problema de la calificación jurídica de las copias realizadas por un tercero por encargo por establecimientos abiertos al público (con o sin *“animis lucrandi”*, puesto que la norma estaba diseñada

¹⁹⁴⁹ Ídem.

específicamente para las copisterías, aunque resultó aplicable con el tiempo a los cibercafés y, por ejemplo, para GARROTE este artículo también prohibía las reproducciones gratuitas realizadas en o por dichos establecimientos ¹⁹⁵⁰), además de resolver el problema de la calificación jurídica de las reproducciones o copias realizadas personalmente por el usuario con medios proporcionados por un tercero. Ninguna de estas reproducciones hubiera constituido entonces una copia privada.

Como sabemos, el artículo que regula el límite de copia privada en la DDASI, el 5.2 b), no utiliza el término “copista”, sino el de “persona física” ¹⁹⁵¹ . En los prolegómenos de la traslación de la DDASI al derecho español, y más concretamente en noviembre de 2002, el Ministerio de Educación, Cultura, y Deporte (en adelante MECD ¹⁹⁵²) publicó el Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (de aquí en adelante BALPI 2002), en el que aún se utilizaba la fórmula “para uso privado del copista”, fórmula que se trasformó en “por una persona física para uso privado” en la siguiente versión del BALPI de enero de 2003 (BALPI 2003) ¹⁹⁵³ . En el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de noviembre de 2004 (ALPI 2004) se añadió al texto el pronombre posesivo “su”, con lo que la redacción del artículo 31.2 de la LPI pasó a utilizar la fórmula legal “por una persona física para uso privado”, que fue la adoptada finalmente por la Ley 23/2006. El ALPI 2004 simultáneamente eliminó el párrafo que prohibía las reproducciones en establecimientos abiertos al público, y que excluía las reproducciones realizadas en dichos establecimientos del ámbito de actuación de límite de copia

¹⁹⁵⁰ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 81.

¹⁹⁵¹ Artículo 5.2.b) de la DDASI “2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: [...] b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6”

¹⁹⁵² El lector que no esté familiarizado con la realidad política española se preguntará sobre por qué en este trabajo ora se hace mención al Ministerio de Cultura, ora al MECD. La respuesta en España, de manera distinta a lo que ocurre en otros países (Ej. EE.UU.) no existe un número fijo de Ministerios, fusionándose o separándose algunas carteras por razón de oportunidad. En este contexto, el Ministerio de Cultura es uno de los más volátiles que existe. De hecho, normalmente los Gobiernos del Partido Socialista independizan esta cartera normalmente nada más subir al poder; y los Gobiernos del Partido Popular la fusionan con el Ministerio de Educación a la menor oportunidad, normalmente con la excusa de “ahorrar”; aunque el número de funcionarios adscritos al mismo no suele variar sea un ministerio independiente o no.

¹⁹⁵³ Para mayor información tanto sobre el BALPI 2002, como sobre el BALPI 2003 ver CASAS VALLÉS, RAMÓN, La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España, [Artículo en Línea], UOC, [Fecha de Consulta 29/11/2011], <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>. (consultado por última vez el 16 de junio de 2013).

privada ¹⁹⁵⁴ , lo cual provocó (reavivó) un encendido debate entre la doctrina entre los que defendían que los actos de reproducción realizados por un tercero para el usuario, o los actos de reproducción realizados por el usuario utilizando los medios proporcionados por un tercero, se podían considerar como copias privadas a efectos legales, y quienes estaban en la tesis contraria. En concreto, el debate versaba sobre si la nueva redacción del artículo 31.2 según la Ley 23/2006 derogaba o no el arriba reseñado artículo 10.1 a) del Real Decreto 1434/1992, puesto que si este artículo resultaba derogado por la nueva redacción del artículo 31.2 de la LPI, las copias realizadas por el usuario en establecimientos abiertos al público, utilizando los medios de reproducción de estos establecimientos, en principio hubieren podido tener la consideración legal de copias privadas ¹⁹⁵⁵ . El artículo 10.1 a) del Real Decreto 1434/1992 sí que habría quedado derogado por la redacción dada al artículo 31.2 por la Ley 23/2006. Baso esta opinión en la que creo es el argumento más sólido que proporciona la doctrina, que no es otro que el que nos da GONZÁLEZ DE ALAIZA, tomando como referencia el propio proceso de elaboración de la Ley 23/2006 ¹⁹⁵⁶ . Dice este autor: *“Por lo demás, nada en el tenor del art. 31.2 de la LPI sugiere que no se puedan utilizar los medios de un tercero para llevar a cabo la reproducción. De hecho, durante la tramitación de la ley 23/2006 dos enmiendas presentadas por sendos grupos parlamentarios en el congreso sugirieron incorporar este requisito y fueron rechazadas”* ¹⁹⁵⁷ . Sugiere pues GONZÁLEZ DE ALAIZA que si el Legislador hubiera querido incorporar el artículo 10.1 a) del Real Decreto 1434/1992 a la nueva regulación sobre copia privada, lo hubiera hecho expresamente. Además, el permitir que se puedan utilizar los medios de un tercero, encaja muy bien con la más que evidente intención del Gobierno anterior de garantizar un límite de copia privada “amplio” a

¹⁹⁵⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 164.

¹⁹⁵⁵ A favor de la derogación del artículo 10.1 a) del Real Decreto 1434/1992 GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 82; GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008 Pág. 166. En contra, LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 207.

¹⁹⁵⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008 Pág. 159.

¹⁹⁵⁷ Enmiendas al articulado 90 y 107 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 44-10, de 30 de noviembre de 2005). Ídem.

los usuarios. Como suele ocurrir en España, la jurisprudencia no tardó en alinearse con esta postura ¹⁹⁵⁸, aunque (como asimismo suele ocurrir) también existen sentencias en sentido contrario ¹⁹⁵⁹.

La doctrina especializada ha especulado pues profusamente sobre si las reproducciones realizadas por un tercero deben ser o no copias privadas a tenor de lo prescrito en el artículo 31.2 de la LPI según redacción de la Ley 23/2006 (la redacción vigente). Para algunos, no se hallan cubiertas por el límite de copia privada las reproducciones realizadas por establecimientos abiertos al público o por terceros mediante precio, aunque sí que entrarían en el ámbito de actuación del límite las reproducciones en las que simplemente se hayan puesto los medios materiales necesarios para realizar la reproducción a disposición del usuario que efectivamente realiza la copia, o las reproducciones realizadas con la finalidad de regalarlas posteriormente a un familiar o amigo ¹⁹⁶⁰. Sin embargo, otros entienden que las reproducciones realizadas por terceros, o mediante medios puestos a disposición de la persona física que realiza la copia por parte de terceros, no se hallan cubiertas por el límite de copia privada, y por tanto serían ilícitas de no mediar autorización por parte de los titulares de derechos, aunque las reproducciones que se realicen para regalárselas posteriormente a un familiar o amigo sí que resultarían conforme al límite, y por tanto lícitas ¹⁹⁶¹. En todo caso, el AMLPI 2013, de haberse aprobado, habría terminado finalmente con esta polémica, ya que resultaba meridianamente claro a este respecto, ya que en la por él prevista redacción del artículo 31.2 de la LPI, según hubiera quedado configurado por el Anteproyecto de Ley, se especificaba que para que una reproducción hubiera podido considerarse como incluso en el ámbito de actuación del límite de copia privada, esta habría habido de realizarse “*sin asistencia de terceros*”, por lo que se descartaba toda reproducción realizada por cualquiera en

¹⁹⁵⁸ Como nos recuerda GARROTE, La Audiencia Provincial de la Coruña, En su sentencia de 27 de septiembre de 2005, “*Consideró que era atípica la conducta de los propietarios de un establecimiento donde se ofrecía a soportes materiales (CD-Data) y grabadoras de CD para que los clientes hicieran «copias privadas» de los CD que ellos mismos aportaban (supuestamente originales)*”. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 83.

¹⁹⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 13 de noviembre de 2006; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 23 de enero de 2007; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de mayo de 2003; todas ellas denegando el carácter de copia privada a reproducciones realizadas en establecimientos abiertos al público.

¹⁹⁶⁰ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008 Pág. 162-168.

¹⁹⁶¹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010, Pág. 80-83. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 202-212.

quien no concurren simultáneamente los cuatro criterios desarrollados por GONZÁLEZ DE ALAIZA. El PMLPI 2014 recoge asimismo en su proyectado artículo 31.2 la exigencia de para incardinarse en el ámbito de protección del límite la reproducción ha de realizarse “*sin asistencia de terceros*”. Resulta muy probable que no falten autores que consideren que según esta redacción del artículo 31.2 también quedarían bajo el amparo del límite el tercer tipo de actos de reproducción categorizados por LÓPEZ MAZA (es decir, los que realiza “*la persona que realiza la copia sirviéndose de instrumentos de titularidad ajena*” ¹⁹⁶²), por lo que quizá no hubiera estado de más que en este punto, tanto el Anteproyecto, como especialmente el Proyecto de Ley debería haber utilizado la fórmula “*sin asistencia, ni utilizando medios técnicos de terceros*”.

El otro gran tema digno de análisis en el ámbito de este elemento, incardinado en el estudio sobre quiénes son los potenciales beneficiarios del límite de copia privada, es el de la exclusión legal de cualquier tipo de persona que no sea estrictamente una persona física como beneficiario del límite, lo cual evidentemente deriva consecuencias jurídicas con respecto a la compensación equitativa. Ya se vio en su momento como la tasa por razón de la compensación equitativa por copia privada se repercutía a todo tipo de personas, tanto físicas como jurídicas, lo cual significaba en la práctica que se estaban gravando mediante el canon equipos, aparatos y soportes destinados a actos de reproducción realizados en última instancia tanto por personas jurídicas, administraciones públicas, etc., como por personas físicas fuera de su ámbito privado (incluso si definiéramos el término “privado” en un sentido “amplio” o “expansivo” en cuanto a su ámbito de actuación) ¹⁹⁶³. La Sentencia PADAWAN del TJUE ¹⁹⁶⁴ vino a dismantelar todo este sistema recaudatorio, que estaba diseñado para compensar indirectamente a los titulares de derechos por razón de la piratería, distorsionando así toda concepción preexistente sobre el límite de copia privada. Así, las consecuencias de la Sentencia PADAWAN, y sus reverberaciones jurisprudenciales y normativas en nuestro país ¹⁹⁶⁵ habrían consistido en dejar fuera del ámbito de influencia del límite de copia privada las reproducciones que MARÍN LÓPEZ, en un trabajo anterior a la Sentencia, consideraba

¹⁹⁶² LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 202.

¹⁹⁶³ Este régimen estaba tan implantado, y resultaba tan indiscutido, que incluso tanto los profesionales como las personas jurídicas personas, e incluso algunas administraciones públicas incluían en su contabilidad oficial un asiento por gastos derivados del pago del canon digital.

¹⁹⁶⁴ Ídem.

¹⁹⁶⁵ Ídem.

se debían excluir de su ámbito de aplicación, que no son otras que las “...realizadas por personas jurídicas que actúan para –por encargo de, en nombre de- personas jurídicas. Quedan también fuera del amparo de la excepción, un ente colectivo carente de personalidad jurídica, tales como la comunidad de bienes o la propiedad horizontal, o una sociedad civil carente del requisito de publicidad a que se refiere el artículo 1669 del CC, o una sociedad anónima o limitada, o una cooperativa, no escrita en el Registro Mercantil o en el de cooperativas, respectivamente (cfr. Arts. 7.1 LSA ¹⁹⁶⁶, 11.1 LSRL ¹⁹⁶⁷ y 7 de la Ley estatal de Cooperativas de 1999 ¹⁹⁶⁸). También quedan fuera de la cobertura de la excepción las reproducciones hechas por las Administraciones públicas en cualquiera de sus formas, tanto las territoriales (estatal, autonómica, local...) como las corporativas (colegios profesionales, cámaras de comercio...), pues evidentemente no son personas físicas” ¹⁹⁶⁹. El AMLPI 2013 normativizaba las consecuencias de la Sentencia PADAWAN ¹⁹⁷⁰ no sólo reafirmando que el sujeto beneficiario del límite sólo y exclusivamente puede ser una persona física, sino que además especificaba que no todos los actos de reproducción que puede realizar una persona física serían incardinables en el límite de copia privada. Prescribía así el artículo 31.2 a) de la LPI bajo la redacción realizada por el AMLPI 2013 que (junto con todos los otros requisitos restrictivos en cuanto a su alcance del límite que se encontraban en su diseño) es condición necesaria para que un acto de reproducción pueda ser considerado legalmente como copia privada “que se lleve a cabo por una persona física para su uso privado, no profesional ni empresarial”. Es decir que por primera vez no solo se subrayaba la necesidad de que el sujeto que realizara la reproducción fuese una persona física, sino que se excluían todos los potenciales ámbitos de actuación en los que una persona física hubiere podido realizar dentro de la sociedad funciones análogas a las de una persona jurídica.

¹⁹⁶⁶ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010). Sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. La obligatoriedad de inscripción registral se mantiene y se encuentra en el artículo 20 de la nueva Ley.

¹⁹⁶⁷ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010). Ver nota inmediatamente anterior.

¹⁹⁶⁸ Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

¹⁹⁶⁹ MARIN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i Revista de Propiedad Intelectual, Madrid, nº 25, 2007. Pág. 19.

¹⁹⁷⁰ La propia Exposición de Motivos del AMLPI 2013 se encarga de subrayar este punto: “En estas circunstancias se procede a una nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que supone su restricción como consecuencia de la exclusión, por un lado, de las reproducciones para uso profesional o empresarial, en cumplimiento de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Exposición de Motivos del AMLPI 2013. Motivo III.

El PMLPI 2014 no varía en redacción del Anteproyecto en este punto, así que lo señalado en el párrafo anterior sirve también para la regulación de este punto por el Proyecto de Ley.

6.3.2.2 **Que la persona física haya accedido legalmente a la obra.**

El requisito o elemento del “acceso legal” es en uno de los más importantes en la configuración el ámbito de actuación del límite de copia privada, quizá no en el ámbito analógico, pero sí en el ámbito digital. La definición de lo que sea “acceso legal” marca sin duda la diferencia entre un límite de copia privada “amplio” o “restringido”. Este requisito o elemento se halla incluido en la definición legal del límite exige según el vigente artículo 31.2 de la LPI, y exige que el acto de reproducción realizado por el usuario “*se lleve a cabo [...] a partir de obras a las que haya accedido legalmente*”¹⁹⁷¹.

Así, el que el elemento del “*acceso legal*” sea muy posiblemente el más relevante en la configuración del límite de copia privada en el ámbito digital se debe a que toda expansión o restricción legal del ámbito de actuación del límite necesariamente pasará por una redefinición de lo que se deba entender por acceso legal al original desde el cual se realice la copia privada, y por la calificación jurídica sobre lo que legalmente se acepte como “original” o “copia patrón”. Estas dos apreciaciones gozarán así de capital importancia sobre el propio ámbito de actuación del límite en la era digital. En la era analógica la manera en que el usuario hubiera accedido a la obra no resultaba tan relevante a efectos del límite de copia privada, como tampoco revestía mayor importancia si el usuario había realizado la copia de un original o de una copia lícita o ilícita. Esto era así principalmente por la imposibilidad de controlar los actos de reproducción en el ámbito privado de los usuarios, además de por la restringida comunicabilidad de las copias y por la propia degradabilidad inherente a la copia analógica. En la era analógica la comercialización de una obra se encontraba indefectiblemente ligada a su fijación en un soporte tangible, y la transmisibilidad

¹⁹⁷¹ No obstante, no hay que confundir este elemento de la configuración legal del límite de copia privada con la puesta a disposición de los usuarios de forma interactiva y bajo licencia de los titulares de derechos de una obra en el ámbito de la Red, que está excluida expresamente en la LPI del límite de copia privada, y que representa un nuevo modelo de explotación de las obras de creación que todo indica será el predominante de corto a medio plazo. Esta última variedad de puesta a disposición en línea ha sido bautizada por algunos como “derecho de acceso”, y por su relevancia será estudiada por nosotros en el último punto de este mismo capítulo.

inherente a las copias analógicas tanto lícitas como ilícitas resultaba limitada, puesto que implicaba normalmente la transmisión o distribución simultánea del soporte en que estas se hallaran fijadas. Además, la evidente y progresiva pérdida de calidad en el sonido, o en la imagen y el sonido, de las copias realizadas sobre copias, tanto en los fonogramas como en las obras audiovisuales, implicaba que las pérdidas económicas sufridas por los titulares de derechos que resultaran de la realización de sucesivas copias sobre copias por parte de los usuarios resultaba asumible en términos económicos para los titulares de derechos (y además, precisamente para eso se mismo se había desarrollado el propio límite de copia privada). Por otra parte la realización de copias caseras de retransmisiones televisivas o radiofónicas no distorsionaba demasiado el mercado (especialmente el de la exhibición cinematográfica, puesto que no afectaba a las “ventanas” de exhibición), y la reducida piratería videográfica (especialmente en los países de nuestro entorno) resultaba asumible por parte de la industria. Todo este escenario cambia radicalmente en la era digital, especialmente tras la generalización del acceso a Internet por parte de todo tipo de usuarios. Como ya hemos señalado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, en la era digital en Red, las copias se independizan de su soporte, pierden el hándicap de la degradabilidad en sus sucesivas reproducciones, y son inmediatamente comunicables de manera potencial al mundo entero. Por otro lado, la imposibilidad de controlar los actos de explotación no autorizados de una obra por parte de los titulares de derechos en este escenario se difumina progresivamente. Es manejando estas nuevas coordenadas donde el elemento del “acceso legal” cobra capital importancia.

Guardando en mente lo explicado en el párrafo anterior, no es de extrañar que el elemento del límite de copia privada que exige el “acceso legal” a la obra por parte del usuario no hiciera su aparición en el derecho español hasta la modificación de la LPI realizada por la ley 23/2006, que es cuando el Legislador adapta (mal) el límite de copia privada a la realidad digital. Curiosamente, y a pesar de su relevancia, el requisito de que el usuario acceda de manera legal a la obra no aparece en el artículo 5.2 b) de la DDASI ¹⁹⁷², y la única referencia que podemos encontrar al mismo en

¹⁹⁷² Opinaba CASELLATI que resultaba “importante señalar que “acceso legal” no se define ni en el texto ni en los considerandos de la DDASI. Por tanto la definición se debería destilar desde los términos y condiciones entre el titular de derechos y los beneficiarios, “id est” de la legislación sobre contratos”. “It is worth pointing out that “legal access” is not defined in either the text or the recitals of the CDIS. Therefore, the definition must be distilled from terms and conditions between the rightholder and the beneficiary, i.e., from the law of contract”. CASELLATI, ALVISE MARÍA, *The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive*, Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, vol. 24, 2001. Pág. 377. Para CARBAJO GASCÓN sólo debería existir acceso legal cuando los usuarios “hubieran sido expresamente autorizados por el titular o derechohabiente para acceder y utilizar

esta Directiva aparece en su artículo 6.4, que como hemos visto, al analizar la regulación legal de las medidas tecnológicas de protección, se ocupa de delinear las relaciones entre los límites al Derecho de Autor y las medidas tecnológicas ¹⁹⁷³. LOPEZ RICHART nos aclara que el requisito del “acceso legal”, que para este autor fue la única novedad realmente significativa de la reforma legal practicada por la Ley 23/2006, fue introducido en el curso de su tramitación parlamentaria, probablemente para “*dejar fuera del límite de copia privada las descargas realizadas a partir de Las plataformas de intercambio de archivos “peer-to-peer”. Sin embargo, si ésta era la finalidad perseguida por el legislador, No debería haber puesto el acento en el modo en que la persona que hace la copia ha accedido a la obra, sino en la fuente misma de la que la copia procede o en la manera en que ésta ha sido puesta a disposición del público, tal y como aparece consagrado en el § 53.1 de la Ley alemana*” ¹⁹⁷⁴ ” ¹⁹⁷⁵. RIERA BARSALLO, por su parte, incide en esta idea, explicándonos que la introducción del elemento de acceso legal en la Ley 23/2006, tenía como objeto en principio distinguir los actos de realización de una copia privada de los actos de piratería ¹⁹⁷⁶. No obstante, la redacción final del artículo 31.2 de la LPI vigente en lo referente al requisito de acceso legal es tan deficitaria que, como señala muy acertadamente GARROTE, “*al final, se ha dejado fuera de foco lo que se quería, que era declarar la ilicitud de una copia realizada a partir de un patrón o modelo puesto en el mercado sin la licencia o autorización de los derechohabientes*” ¹⁹⁷⁷.

la obra o prestación mediante el correspondiente negocio jurídico adquiriendo así la condición de usuarios legítimos” CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», Revista de Derecho y Nuevas tecnologías, núm. 2, 2003. Pág. 61.

¹⁹⁷³ Así, este artículo señala lo siguiente: “*No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas*”.

¹⁹⁷⁴ Ver el punto dedicado a Alemania en el subcapítulo dedicado al derecho comparado en este mismo trabajo. Pág. 602 y ss.

¹⁹⁷⁵ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁹⁷⁶ Se pretendía desterrar los argumentos y las presiones de algunas Entidades de gestión en el sentido de incrementar la cuantía de la tasa en concepto o de compensación equitativa para compensar por la piratería. RIERA BARSALLO, PATRICIA, *Reforma de Ley de propiedad Intelectual y la copia privada*, Anuario ThinkEPI, 2007. Pág. 24

¹⁹⁷⁷ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 93.

El problema principal con el que nos podemos encontrar al analizar el elemento del “acceso legal” es que habitan en él dos aspectos o subelementos diferenciados, que se habrán de regular simultánea y necesariamente al legislar sobre la concreción legal de este elemento, sobre todo si quisiéramos delinear un límite de copia privada en el ámbito digital que no sea susceptible (debido a su vaguedad) de interpretaciones tan “*garantistas*” para los usuarios, o tan expansivas en cuanto a su alcance, que distorsionen la naturaleza jurídica del propio límite; llegando al extremo de que se pueda defender a su amparo o bien que descargarse obras de manera no autorizada de una red P2P es lícito, o bien que el límite podría facultar a los usuarios para realizar una copia para uso privado de la exhibición de una película grabada por el usuario en una sala de cine (como parte de la doctrina interpreta al analizar la redacción del artículo 31.2 de la LPI emanada de la Ley 23/2006¹⁹⁷⁸). Así, existiría un aspecto o subelemento primariamente objetivo y otro aspecto o subelemento enteramente subjetivo que se han de interrelacionar necesariamente en la definición legal del elemento o requisito del acceso legal. Tal interrelación no existe en la redacción del límite aún vigente, lo cual explica su ineffectividad.

a) El primer aspecto o subelemento, del que sostengo es sólo primaria y parcialmente objetivo, es el de la “legalidad de la fuente” desde la que se realiza la reproducción que quedaría cubierta por el límite de copia privada; es decir, la necesidad de que la copia que sirva como patrón o modelo para la copia posterior que alcanzará el estatus de copia privada sea lícita¹⁹⁷⁹. Defiendo que este es un aspecto sólo primariamente objetivo, porque si bien el que la “copia patrón” sea lícita o no lo sea es evidentemente una característica objetiva suya (o es lícita o no lo es), bajo la redacción aún vigente del elemento o requisito según se encuentra aún regulado en el actual artículo 31.2 de la LPI (el reformado por la Ley 23/2006), el que la copia sea lícita o no lo sea depende solamente de un solo hecho subjetivo: que la persona física que haya realizado la reproducción de la que se quiera

¹⁹⁷⁸ Así GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág 91; GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág 308; y LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009. Pág 219 (aunque matiza que la autorización que el usuario recibe en contraprestación por el precio de la entrada sólo le autoriza a presenciar la película);

¹⁹⁷⁹ GONZÁLEZ DE ALAIZA utiliza la dicotomía copias blancas/copias negras para referirse a las copias lícitas o ilícitas. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág 304.

calificar legalmente como copia privada hubiere tenido o no acceso legal a la obra. Por tanto bajo la redacción actual del artículo 31.2 de la LPI, se prescinde de la objetividad que el aspecto o subelemento consistente en la exigencia de “legalidad de la fuente” desde la que se realice la reproducción otorgaría a la norma, lo cual provoca una sustancial indefinición de esta en cuanto a lo que se haya de entender por “acceso legal”, y que a su vez directamente repercute en la vaguedad de la delimitación legal del alcance del propio límite de copia privada; puesto que al no realizarse mención alguna en el artículo a la exigencia de que la fuente desde la que se realiza una reproducción haya de ser lícita para que podamos en propiedad hablar de una copia privada, sólo se requiere por la norma de la persona física que realice la reproducción algo (el “acceso legal”) que la propia norma no explica en qué consiste, teniendo necesariamente que recurrir para dilucidar que sea el “*acceso legal*” requerido por la norma a interpretaciones extrínsecas a la propia LPI. Es por ello que en términos de sistemática del ordenamiento jurídico, la interpretación de la Fiscalía General del Estado de que el usuario que efectúa actos de descarga no autorizados desde Redes P2P realiza copias privadas no pueda ser contradicha claramente con la Ley de Propiedad Intelectual en la mano, porque la Ley no indica que quien realice tales actos no esté realizando copias privadas ni directamente ni a “*contrario sensu*” (como sí hacía el AMLPI 2013, al indicar de manera precisa qué o cuales entre las posibles fuentes de la reproducción eran legales, con lo que toda reproducción realizada de otras fuentes distintas a las indicadas en la propia norma hubiere resultado ilícita bajo la redacción del Anteproyecto, y consecuentemente la persona física que hubiere accedido a ellas con el objeto de realizar una reproducción no habría podido alegar en ningún caso que su acceso hubiera sido legal). Así, ¿Son fuente legal las copias adquiridas en compraventa comercial? ¿Y las alquiladas? ¿Y las tomadas en préstamo de una biblioteca? ¿Y las que nos preste un amigo? ¿Y las que se intercambian a través de un club de lectura? ¿Y las que se descargan de Redes P2P? Resulta imposible contestar a estas preguntas con la única ayuda del vigente artículo 31.2 de la LPI; con lo cual, en una legislación garantista como la nuestra, no resultaría descabellado en absoluto defender que todas las reproducciones reseñadas son copias privadas de acuerdo con la Ley vigente. La consecuencia entonces no es otra que se puede defender que el límite de copia privada abarcará cualquier reproducción de cualquier obra que el usuario encontrara en la Red (sin tener que eludir medidas

tecnológicas de protección para realizar la reproducción; aunque claro, estas medidas no se eluden cuando un usuario se descarga una obra de una Red P2P, puesto que en estas redes P2P las “copias patrón” que el usuario reproduce se hallan libres de ellas –no existen “copias patrón” con medidas anti-copia en las redes P2P o similares). En resumen: si no se indica con precisión por parte de la norma exactamente cuáles son las fuentes legales, los accesos ilegales se limitarán en principio a los pocos casos en que el propio acto de acceso resulte manifiestamente ilícito de acuerdo con la redacción vigente de la LPI.

b) La “legalidad del acceso”. Este es evidentemente un aspecto o subelemento enteramente subjetivo, ya que la legalidad o no del acceso a la “copia patrón” o “copia modelo” desde la que se realiza la copia privada (y que afectará directamente a la legalidad o ilegalidad de la propia “copia derivada”) se puede predecir solamente desde el análisis de los actos realizados por la persona física/copista/usuario. No obstante, el que estemos hablando de un elemento subjetivo no implica necesariamente que haya de existir una indefinición legal en cuanto al alcance de la norma. Todo dependerá de cómo se defina este elemento subjetivo. Si se define aisladamente como el que se realice de obras a las que la persona física “*haya accedido legalmente*”, tal y como hace el artículo 31.2 de la LPI en su redacción vigente realizada por la Ley 23/2006 (es decir, si no se define en la LPI, ni se da una interpretación auténtica sobre su alcance en la Exposición de Motivos), indefectiblemente nos encontraremos con respuestas contradictorias en cuanto al alcance real de la norma tanto entre la jurisprudencia como entre la doctrina. No obstante, si se define con propiedad el elemento subjetivo, tal y como hacía el artículo 31.2 b) 1º de la LPI en la redacción que le daba el AMLPI 2013, definiendo e interrelacionando simultáneamente la “legalidad del acceso” con la “legalidad de la fuente”, toda indeterminación legal sobre el alcance del límite de copia privada evidentemente desaparece. En el Proyecto de Ley aprobado en febrero de 2014 se da un paso atrás significativo con respecto a la definición de los contornos precisos de lo que sea el “acceso legal”.

La importancia de la concurrencia de los dos subelementos o aspectos (“legalidad de la fuente” y “legalidad del acceso”) se puede apreciar en el derecho comparado. En el Derecho Alemán, como

vimos en su momento ¹⁹⁸⁰, en un principio la Sección 53.1 de la Ley Alemana sobre Derecho de Autor hacía énfasis sólo sobre la legalidad o ilegalidad de la fuente de la cual se obtenía la copia, y no sobre lo que el usuario hiciera posteriormente con su reproducción autorizada legalmente mediante el límite de copia privada, puesto que no estaba previsto legalmente lo que ocurriría si una copia lícita se pusiere a disposición de terceros para su posterior reproducción sin autorización del autor; situación está en la que la fuente de esta copia sería lícita, pero no el modo en que los potenciales copistas posteriores hubieran accedido a tal copia (ilicitud que terminaría por no resultar relevante a efectos de calibrar la licitud de las copias posteriores que se realizaran sobre esa particular primera copia lícita, ya que nos encontrábamos en la era analógica). Consecuentemente, la norma se hubo de rectificar realizando un añadido a la Sección 53 de la Ley Alemana con el objeto de adaptarla a las características de la copia digital, “*en virtud del cual se excluyen de la noción de copia privada también las [copias] que se hayan puesto a disposición del público de modo manifiestamente ilícito*” ¹⁹⁸¹. Así, el legislador alemán reconoció “*a posteriori*” por la vía de los hechos que la sola inclusión legal del subelemento referente a la “legalidad de la fuente” no resultaba suficiente para excluir del límite de copia privada las descargas ilícitas. No obstante, muchos países de la UE no requieren en su formulación del límite de copia privada mención alguna a la “legalidad de la fuente”, ni a la “legalidad del acceso” como condición necesaria para la predeterminación de la licitud o ilicitud de una copia privada. Merece especial atención el caso francés, en el que si bien ninguno de los subelementos referidos aparece en la norma que regula en límite de copia privada en el país galo ¹⁹⁸², una Sentencia de su Tribunal de Casación ¹⁹⁸³ sí que se ocupó de clarificar el subelemento consistente en la exigencia de la legalidad de la fuente; es decir, de (en palabras de GARROTE ¹⁹⁸⁴) aclarar si resulta de aplicación al elemento de acceso legal el aforismo “*fraus omnia corrumpit*”, o “*the fruit of the poisonus tree*

¹⁹⁸⁰ Ver el punto dedicado a Alemania en el subcapítulo dedicado al derecho comparado en este mismo trabajo. Pág. 602.

¹⁹⁸¹ LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁹⁸² Artículo 122-5 número 2 del Código de la Propiedad Intelectual. Ver análisis en pág. 615 y ss.

¹⁹⁸³ Sentencia de 30 de mayo de 2006, Minist. public, SEV, FNDF, *Twentieth Century Fox, Buena Vista Entertainment, Gaumont et a. c/ Aurelien D.* Sentencia analizada por GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág 90; y LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 214.

¹⁹⁸⁴ Ídem.

doctrine”¹⁹⁸⁵ (en el sentido de si se ha de entender que las copias realizadas desde una copia ilícita heredan asimismo la condición de ilícitas), o por el contrario si una reproducción realizada desde una copia originariamente ilícita (una copia descargada de Internet, prestada a un familiar, que a su vez realiza una copia sobre ella sin conocimiento de su ilicitud), o devenida ilícita “*a posteriori*” (por ejemplo, una copia comprada en El Corte Inglés, de la cual sus reproducciones devienen ilícitas por haberse comunicado a otros usuarios que estén fuera del ámbito privado del comparador, o puesto a su disposición de manera no autorizada) no puede subsanar su pecado original y convertirse asimismo en lícita “*a posteriori*”. LÓPEZ MAZA nos indica que la respuesta del Tribunal de casación Francés fue que “*el límite de copia privada exige, para que pueda ser aplicado, que su fuente sea lícita y necesariamente exenta de todo atentado a las prerrogativas de los titulares de derechos sobre la obra en cuestión*”¹⁹⁸⁶. Es decir, que la ilicitud originaria de la fuente no se puede subsanar. No obstante, la formulación ideal del elemento ha de atender tanto a la “legalidad de la fuente” como a la “legalidad del acceso”. Como indica GARROTE¹⁹⁸⁷, la solución ideal parece la de la Ley de Derecho de Autor de Finlandia, cuyo artículo 11.5 contiene una cláusula general para todas las limitaciones al derecho de reproducción que declara expresamente y sin ambages la ilicitud de las copias privadas realizadas a partir de copias fabricadas (yo utilizaría el término “realizadas”) sin la autorización de los titulares de derechos (“ilegalidad de la fuente”), o puestas a disposición sin tal autorización (“ilegalidad del acceso”)¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁸⁵ “*La doctrina del fruto del árbol envenenado*”. Esta doctrina en derecho norteamericano se utiliza principalmente en el ámbito del derecho procesal penal, pero que resulta también de aplicación aquí.

¹⁹⁸⁶ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 214.

¹⁹⁸⁷ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 89.

¹⁹⁸⁸ Artículo 11 (5) de la Ley 404/1961 de Derecho de Autor de Finlandia, que incluye las enmiendas realizadas sobre ella hasta la Ley 307/2010: “(5) *Cualquier limitación sobre el Derecho de Autor según se prevé en este capítulo no permite la reproducción de la copia de una obra que haya sido realizada o puesta a disposición del público de manera contraria a la Sección 2 [que regula los derechos de explotación] o cuyas medidas tecnológicas de protección hayan sido eludidas en violación de la Sección 50ª 1ª*”. “(5) *A limitation on copyright as provided in this Chapter does not permit the reproduction of a copy of a work which has been made or made available to the public contrary to section 2 or whose technological measures have been circumvented in violation of section 50a(1)*”. (Traducción del autor a partir de una traducción del finés al inglés realizada por el Ministerio de Cultura de aquel país, que se encuentra disponible en <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1961/en19610404.pdf>). (Consultado por última vez el 26 de junio de 2013).

En el caso español entonces, a diferencia del alemán, el Legislador optó por condicionar la validez de un acto de reproducción no autorizado, para que este cayera bajo el ámbito de protección del límite de copia privada, solamente al segundo subelemento: esto es, al subelemento subjetivo que requiere la legalidad del acceso del usuario a la copia original o “copia patrón para” que la copia resultante se considere legalmente objeto del artículo 31.2 de la LPI; pero sin mencionar la otra condición: la consistente en que la “copia patrón” deba de ser ella misma lícita para que podamos calificar como copia privada a la reproducción resultante. La historia de la aprobación de la Ley 23/2006 nos indica claramente que la voluntad inicial del Gobierno anterior era en un principio más bien la de seguir los pasos de la ley alemana, y condicionar la validez de las copias privadas a la “legalidad de la fuente” ¹⁹⁸⁹ .

Así, ninguna referencia al elemento del “acceso legal” aparecía en el BALPI 2004, ni en el Proyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 26 de agosto de 2005 (en adelante PRLPI 2005). La primera referencia a este elemento la podemos encontrar en el Informe de la Ponencia 121/000044 por la que se modifica el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante IPLPI 2006) ¹⁹⁹⁰ . La redacción del artículo 31.2 de la LPI según la IPLPI 2006 se podía leer como sigue:

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física a partir de una copia legal para su uso privado y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador”.

¹⁹⁸⁹ Una estupendo y detallado relato de las incidencias ocurridas en el trámite de aprobación de la Ley 23/2006 en lo referente al elemento del “acceso legal” se puede encontrar en LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Págs. 215-218.

¹⁹⁹⁰ BOCG Congreso, Serie A, núm. 44-13, 2 de marzo de 2006, Pág. 110. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_044-13.PDF. (Consultado por última vez el 21 de junio de 2013).

Redacción idéntica fue adoptada por la Comisión de Cultura en el Congreso de 9 de marzo de 2006¹⁹⁹¹. De hecho, la prueba de que la inclusión del subelemento de la “legalidad de la fuente” en el artículo 31.2 de la LPI se consideró seriamente por parte del Gobierno del Partido Socialista se encuentra en la comparecencia de la entonces Ministra de Cultura ÁNGELES GONZÁLEZ-SINDE en el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de marzo de 2006, donde de manera explícita declaró que con relación a la proyectada reforma que “*se aclara que la reproducción ha de ser efectuada por una persona física para su uso privado y se precisa que deberá realizarse a partir de una copia legal*”¹⁹⁹².

No obstante, el Pleno del Congreso de 23 de marzo de 2006 modificó de nuevo la redacción del elemento en cuestión en el artículo 31.2 de la LPI, pasando de la exigencia de que la copia privada se hubiera realizado a partir de una “*copia legal*”, a condicionarla a que la reproducción se realizare por el usuario “*a partir de un ejemplar adquirido legalmente*”, reforma que simplemente venía a delimitar el concepto de fuente lícita de una manera bastante restrictiva (pero no tanto como la delimitación legal de lo que sea, signifique, o se haya de entender por “*acceso legal*” que emanaba del artículo 31.2 b) 1º según el AMLPI 2013, ni incluso del mismo artículo de acuerdo con la redacción del Proyecto de Ley), puesto que se excluían de los supuestos de copia legal todas las que estuvieran en poder del usuario mediante préstamo y similares, limitándose el concepto de copia legal a aquellas copias que el usuario tuviera en su propiedad bien por haberlas comprado, bien porque se las hubieran donado su propietario legítimo. Además, el término “*ejemplar*” indicaría la exigencia de fijación de la obra en un soporte tangible, lo que excluiría nuevos modelos de negocio como la compraventa comercial de archivos digitalizados libres de un soporte material a través de la Red, que hubieran quedado excluidos del límite de copia privada. Así, la objetividad que se hubiere podido predicar del concepto “*copia legal*” se fue progresivamente difuminando, y el propio requisito comenzó a subjetivarse en gran manera, puesto que la licitud o no de la copia comenzó a depender de un acto subjetivo de la persona física copista: el que esta hubiere adquirido legalmente la “*copia patrón*” de la obra.

¹⁹⁹¹ BOCG Congreso, Serie A, núm. 44-14, 9 de marzo de 2006, Págs. 121 y 124.

¹⁹⁹² Referenciado por GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 92; y LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág 215.

El elemento de acceso legal se subjetiviza ya en su totalidad a partir de la tramitación de la reforma en el Senado, donde es objeto de numerosas enmiendas ¹⁹⁹³, siendo la que finalmente tiene éxito la Enmienda nº 75 del Grupo Parlamentario Socialista que conforma la redacción definitiva del artículo 31.2 de la LPI, incluyendo el ya conocido “*a partir de obras a las que se haya accedido legalmente*” ¹⁹⁹⁴, y explicando en la parte justificativa de la enmienda que su razón era “*Dejar claro que el acceso [por parte de la persona física copista] a la fuente que contiene la obra que se reproduce debe haber sido hecho legalmente*” ¹⁹⁹⁵.

Es opinión de LÓPEZ MAZA, que comparto, que el mayor problema de exigir únicamente la legalidad de la fuente, condicionando la validez de la copia privada a que se realice “*a partir de una copia legal*”, y que de lo contrario no se conceda a tal copia el estatus legal de copia privada es que se dejan fuera del límite “*las copias privadas derivadas de un acto de comunicación pública (por ejemplo, la grabación doméstica de las obras emitidas por televisión o “time-shifting”), que se convertiría en un acto civilmente ilícito*” ¹⁹⁹⁶. Resultaba evidente para el legislador que este tipo de actos habrían de estar permitidos, puesto que lo estaban incluso en países donde no existía el límite de copia privada, o donde este se encontraba restringido al mínimo ¹⁹⁹⁷. Además, señalaba LÓPEZ MAZA que esta fórmula “*parece exigir la tenencia de un ejemplar físico del cual se realiza la copia*” ¹⁹⁹⁸, lo cual no resulta exacto en sentido estricto, puesto que una copia legal puede estar fijada en un soporte físico o no estarlo (con la excepción de si se sustituye la palabra “copia” por “ejemplar”, “soporte”, u otro sinónimo). En todo caso, se hubiera podido admitir la legalidad de las copias realizadas a partir de retransmisiones televisivas o radiofónicas añadiendo

¹⁹⁹³ Ver las más relevantes con un excelente análisis sobre sus contenidos en LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 216-17. Todas las enmiendas se hallan disponibles en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWTXD&TS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28SEII2006042100530c.CODI.%29#\(Página21\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWTXD&TS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28SEII2006042100530c.CODI.%29#(Página21)). (Consultado por última vez el 22 de junio de 2013).

¹⁹⁹⁴ BOCG Senado, Serie II, núm. 53 (c), de 21 de abril de 2006, Pág. 52. Disponible en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWTXD&TS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28SEII2006042100530c.CODI.%29#\(Página21\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWTXD&TS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28SEII2006042100530c.CODI.%29#(Página21)). (Consultado por última vez el 22 de junio de 2013).

¹⁹⁹⁵ Ídem.

¹⁹⁹⁶ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 216.

¹⁹⁹⁷ En el Reino Unido, o en EE.UU.

¹⁹⁹⁸ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 216.

al artículo una apostilla en el sentido de que las copias resultantes de tales actos de comunicación se habrían de considerar copias legales. En realidad, esto es lo que hacía a la inversa la redacción del AMLPI 2013, puesto que precisaba en el mismo texto del artículo 31.2 b) lo que se habría de entender estrictamente por “acceso legal”¹⁹⁹⁹, restringiéndolo a dos únicos supuestos: a) el supuesto 2º, que representaba una exigencia de “legalidad de acceso” puro, como son los actos de “time-shifting”²⁰⁰⁰; y b) el supuesto 1º, que representaba en el fondo una exigencia de “legalidad de la fuente”, aunque delineada a partir de un prisma subjetivo: verbigracia, que el usuario hubiere comprado la copia²⁰⁰¹ utilizando los canales legítimos del mercado²⁰⁰². En cuanto al PMLPI 2014, si bien supuesto 1º del proyectado artículo 31.2 b) parece aún destinado a circunscribir los supuestos en los que nos hallamos aún ante un “acceso legal” definido por la “legalidad de la fuente”. En cuanto al supuesto 2º del artículo 31.2 a) de la LPI, que en el Anteproyecto definía una situación de legalidad de “acceso puro” bastante restringida y definida en cuanto a su ámbito de actuación, en el Proyecto de Ley se difumina la claridad de este supuesto, no entendiéndose muy bien qué supuestos de “legalidad del acceso” pretende cubrir el prelegislador mediante la utilización de esta nueva redacción²⁰⁰³. Profundizaremos en este tema unas páginas más abajo.

Desde luego, en lo que coincide la mejor doctrina es en que la utilización de la vaga fórmula “*a partir de obras a las que haya accedido legalmente*”, sin que el legislador proporcione ningún otro

¹⁹⁹⁹ Artículo 31.2 b) según la redacción del AMLPI 2013: “*b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:*”

²⁰⁰⁰ Artículo 31.2 b) 2º de la LPI según la redacción del AMLPI 2013: “*2º. Cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno*”.

²⁰⁰¹ El verbo comprar es más restrictivo que el verbo adquirir.

²⁰⁰² “Artículo 31.2 b) 2º de la LPI según la redacción del AMLPI 2013: “*Cuando se realice la reproducción a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial*”.

²⁰⁰³ Artículo 31. 2 b) de la LPI según redacción del PMLPI 2014:

“*b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:*

1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada”.

tipo de explicación adicional sobre el significado de lo que sea “acceso legal” ²⁰⁰⁴, resulta muy deficitaria. Si lo que el legislador pretendía era dotar al artículo de una redacción más apropiada para dejar fuera del límite las descargas no autorizadas a través de redes P2P (lo cual puede ser hasta discutible, como ya he señalado), resulta imposible fracasar de manera más estrepitosa, puesto que como señala GARROTE, *“la mención al acceso legal es sólo una manera imperfecta de expresar que la fuente a partir de la que se quiere hacer la reproducción ha de haber sido comercializada con la autorización de los derechohabientes”* ²⁰⁰⁵. Como nos indica este mismo autor, la clave de la imperfección de la fórmula empleada en la redacción del artículo 31.2 de la LPI, redactado según prescribía la Ley 23/2006, es la ausencia de toda referencia al subelemento relativo a la legalidad de la fuente: *“la legalidad o ilegalidad se predica literalmente del modo en que la persona física que hace la reproducción accede a la obra o prestación, no de la propia reproducción que luego es a su vez copiada. No se incide por tanto en la ilegalidad de la fuente (como parecería lógico) sino en el modo en que se accede a dicha fuente*). Los autores más moderados, como por ejemplo RIERA BARSALLO, entienden que de esta situación solo se derivaría que con la fórmula *“a las que haya accedido legalmente”* se podrían realizar copias privadas lícitas trascendiendo los actos de mera compra (o incluso adquisición) de una copia por parte del usuario: *“...un ejemplar al que se tenga acceso legalmente no equivale a un ejemplar comprado por el usuario. Accedo a un ejemplar de la obra de forma legal si me la presta un amigo, o si me la presta una biblioteca, o si la alquilo en un videoclub o la gano en un concurso”* ²⁰⁰⁶. En el mismo sentido MARTÍN SALAMANCA entiende que *“el requisito de acceso lícito no tasa la fórmula del mismo; esto es, no sólo el propietario de la obra puede hacer copia privada de ella; también el prestatario, el arrendatario, etc., a juzgar por el carácter no restringido de la mención”*

²⁰⁰⁴ Se emplea en la LPI la fórmula “acceso legal” en su ya estudiado artículo 161, que señala que *“Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes:*

a) Límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2”.

Tanto LÓPEZ MAZA, como GARROTE coinciden en que el sentido de acceso legal según el artículo 161.1 de la LPI es distinto que el que se puede deducir del artículo 31.2 de la misma norma jurídica, puesto que en el artículo 31.2 *“falta un requisito fundamental: la presencia de una medida tecnológica que controle el acceso al contenido protegido”*. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 223. En el mismo sentido GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 95.

²⁰⁰⁵ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 93.

²⁰⁰⁶ Ídem.

²⁰⁰⁷ . Otros, como GONZÁLEZ DE ALAIZA van más lejos, entendiendo que “*el tenor literal del precepto proscribire las copias cuando el propio copista comete alguna ilicitud (p.ej. cuando roba el CD en una tienda), pero no cuando un tercero vulnera los derechos de autor. En rigor, las personas que descargan una canción valiéndose de un programa de intercambio de archivos entre particulares, o que compran un CD pirata no acceden ilegalmente a la obra, sino que están aprovechando la ilegalidad de un tercero*” ²⁰⁰⁸ . LÓPEZ MAZA entiende que el “acceso legal” a la obra sólo se puede exigir a la persona física que realiza el acto de reproducción: “*Si el copista hace una copia privada a partir de una copia ilícita y la regala a un familiar o amigo, dicha reproducción será, para el destinatario, una copia de acceso legal. Se trataría de un adquirente de buena fe. La ilegalidad de la primera copia no se transmite a posteriores reproducciones para uso privado hechas a partir de ella*” ²⁰⁰⁹ . GARROTE, por su parte sostiene la teoría (que la realidad de las cosas ha terminado reafirmando) de que bajo la exigencia única de que el usuario “*hubiera accedido legalmente*” no se puede en puridad prohibir ninguno de los actos que el legislador pretendidamente deseaba proscribir: “*sólo serán ilícitas aquellas reproducciones en las que el modo que ha tenido un usuario de acceder a ellas físicamente ha sido ilegal (por ejemplo, quien sustrae un CD de una tienda y luego lo reproduce, quien accede a un cine sin autorización y graba una copia de la película, quien accede a Internet utilizando de forma fraudulenta la conexión de un vecino)*” ²⁰¹⁰ . Aunque la interpretación del elemento que realiza GARROTE puede ser discutible, sin lugar a dudas asimismo puede ser defendible, puesto que la ambigüedad de la redacción del artículo 31.2 de la LPI permite defender una tesis y la contraria.

Esto último se ve con gran claridad en relación a la descarga no autorizada de archivos a través de redes P2P. Para muchos autores a la luz del artículo 31.2 de la LPI vigente, la descarga de archivos a través de estas redes es lícita, precisamente por cuenta del requisito único de que la persona física copista hubiera “accedido legalmente” a la obra. Así, LÓPEZ MAZA opina que “*Por tanto, con*

²⁰⁰⁷ MARTÍN, SALAMANCA, SARA, «Límites a los derechos de explotación (I)». (2009), (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch.

²⁰⁰⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 216.

²⁰⁰⁹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 221. También en el mismo sentido GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 91.

²⁰¹⁰ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 95.

el nuevo tenor de la Ley [...] en el entorno de Internet, esto significa que, en relación concretamente con las reproducciones realizadas en los sistemas P2P, el usuario que baja los contenidos, pero no los sube, realiza copias privadas, puesto que el soporte a partir del cual hace la copia puede ser ilícito, pero el acceso a dicho soporte es legal (se ha abonado la cuota de acceso a la Red y no hay ulterior puesta a disposición por no tener carpeta compartida)” ²⁰¹¹ . GONZALEZ DE ALAIZA por su parte nos dice que “*En rigor, las personas que descargan una canción valiéndose de un programa de intercambio de archivos entre particulares o que compran un CD pirata no acceden ilegalmente a la obra, sino que están aprovechando la ilegalidad de un tercero. De acuerdo con tal interpretación dicho tipo de copias serían lícitas*” ²⁰¹² .

Sin ánimo de resultar reiterativo, es este un buen lugar para recordar el siguiente párrafo de la Sentencia Elrincondejesus.com ²⁰¹³ :

“Asimismo, respecto del límite de la copia privada es preciso añadir que el art.31.2 en su redacción vigente que trae causa de la Directiva Sociedad de la Información exige que la copia privada se haga a partir de obras a las que haya accedido legalmente, poniendo así el acento en la nota de licitud o legalidad del acceso y no en la licitud o legalidad de la fuente. En el marco de las redes P2P, resulta dudoso y complejo el examen en cada caso de la legalidad de la fuente. Pero esto no es la exigencia de la Ley de Propiedad intelectual, que habla de legalidad del acceso y no de la fuente, de tal manera que la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red. La copia de la obra una vez descargada mediante el sistema de intercambio privado queda guardada en el disco duro del ordenador o bien es grabada en un CD, DVD regrabable o en un disco duro portátil. Y es preciso recordar en este punto, que precisamente por ser

²⁰¹¹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 220.

²⁰¹² GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 308.

²⁰¹³ Es este el único párrafo que reproduzco por duplicado en todo este trabajo, puesto que me parece demasiado relevante como para obligar al lector a retraerse al punto de este trabajo donde analizábamos esta Sentencia. Recordemos que la Sentencia Elrincondejesus.com fue muy célebre en su momento, incluso fuera del ámbito estricto de la doctrina especializada, por ser la primera Sentencia en el ámbito jurídico civil en que se adoptaron las tesis de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General de Estado en el sentido de que las descargas de redes P2P debían ser consideradas como copias privadas de acuerdo con el artículo 31.2 de la LPI.

elementos susceptibles de recibir copias privadas de obras protegidas por propiedad intelectual, todos estos instrumentos y aparatos están gravados por el correspondiente canon o compensación equitativa a que se refiere el art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y que redundará en beneficio de la aquí actora y en general de los titulares de los derechos de explotación de la obra.” ²⁰¹⁴ .

Por tanto, y aunque la Sentencia contenga algunas inexactitudes ²⁰¹⁵ , sí que representa la plasmación jurisprudencial de buena parte de la opinión doctrinal (y no difiere de las instrucciones a los miembros del Ministerio Público contenidas en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado). La doctrina que defendía esta interpretación del límite de copia privada, fundamentaba su opinión en que, además de que efectivamente el acceso a las redes P2P (en sí mismo considerado) resultaba lícito de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, habría que considerar adicionalmente el requisito de la buena fe de la persona física copista; requisito que el elemento del “acceso legal”, al encontrarse configurado como un elemento totalmente subjetivo, necesariamente comporta. La “buena fe” aparece en el artículo 139 de la LPI, que se ocupa de regular el cese de la actividad ilícita de los infractores del Derecho de Autor, y que aplicada a los usuarios permite exigir la entrega forzosa de ejemplares ilícitos para su destrucción, e incluye la “buena fe” como factor interpretativo relevante. Concretamente, los usuarios de buena fe quedan exentos de la obligación de entregar las copias ilícitas a los titulares de derechos, y así, el punto cuarto del artículo 139, dispone que *“Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal”* ²⁰¹⁶ . La “buena fe” entonces, como elemento aplicado

²⁰¹⁴ Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010. Fundamento Jurídico 3º.

²⁰¹⁵ Los discos duros de ordenador no estaban sujetos a la compensación equitativa.

²⁰¹⁶ El texto completo del artículo 139 de la LPI es:

“1. El cese de la actividad ilícita podrá comprender:

- a) La suspensión de la explotación o actividad infractora, incluyendo todos aquellos actos o actividades a los que se refieren los artículos 160 y 162.*
- b) La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora.*
- c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.*
- d) La retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.*
- e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información*

a la interpretación del límite de copia privada, se predicaría del usuario cuando este no fuera consciente de que su acceso a la obra es ilícito. Puesto que el subelemento de “*legalidad de la fuente*” se excluye de la redacción del artículo 31.2 de la LPI, el que el usuario sea, o deba ser consciente de la ilicitud de la copia original o “copia patrón” (la “buena fe” en cuanto a la “legalidad de la fuente”) resulta irrelevante. Algunos autores, como por ejemplo SANCHEZ ARISTI, conciben la “buena fe” en lo referente a la “legalidad de acceso” como la exigencia de autorización por parte del titular de derechos al usuario para que acceda a una obra en particular. Para este autor, este requisito de la existencia de “buena fe” en el copista negaría el carácter de copia privada a las reproducciones no autorizadas realizadas a través de redes P2P, y así, señala que “*no existe tal acceso legal, según creo, cuando la fuente de procedencia ha sido objeto de explotación sin salvaguardar los derechos de propiedad intelectual de los titulares afectados por dicha explotación, extremo este –ilicitud en el soporte de procedencia- que el internauta que participa en una red peer-to-peer sabe o no puede diligentemente ignorar, dado el rol de proveedor no autorizado de contenidos que –de forma real o potencial- asume todo usuario de una red de este tipo. Así pues, habida cuenta de la ausencia de buena fe que a este respecto presenta el usuario de una plataforma P2P, no queda satisfecho el requisito de acceso legal a la obra*”²⁰¹⁷. No obstante, este tipo de diligencia por parte del usuario, dada la exclusión del sub-

para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el artículo 162, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el artículo 160.

f) El comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. Las mismas medidas podrán adoptarse en relación con los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el artículo 160 y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que se refiere el artículo 162.

g) La remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquella no fuera su único uso.

h) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

2. El infractor podrá solicitar que la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades, se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita.

3. El titular del derecho infringido podrá pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

4. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal”.

²⁰¹⁷ SANCHEZ-ARISTI RAFAEL, *La protección de datos de carácter personal, ¿Un obstáculo para la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital?* [Artículo en Línea], [Fecha de Consulta 29/11/2011], http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo-4/139a174_la_proteccion.pdf.

requisito de la “legalidad de la fuente” en la regulación vigente del límite, resulta legalmente irrelevante. GARROTE opina que dada la complejidad de discernir caso por caso sobre la existencia o no de buena fe por parte del usuario copista, los tribunales deberían realizar su análisis sobre la existencia o no de buena fe en un caso concreto en relación con la “legalidad de la fuente”²⁰¹⁸; aunque dada la disposición sobre el elemento del “acceso legal” resultante del artículo 31.2 de la LPI, el análisis sobre la “legalidad de la fuente” en relación con la “buena fe” resulta superfluo, puesto que no se exige legalmente al usuario que emplee como fuente de la reproducción una “copia patrón” lícita para que podamos hablar de copia privada de acuerdo con la legislación vigente. Lo que en el fondo bienintencionadamente pretendían autores como GARROTE era construir una base teórica con la cual fundamentar la persecución de los (generalizados) actos de piratería en la sociedad española, aunque todo intento en este sentido chocaba frontalmente con la nula voluntad de afrontarla de manera efectiva por parte de los poderes públicos. La parte más posibilista de la tesis de GARROTE (“*cuando podamos controlar, controlemos y cuando no podamos controlar cobremos*”²⁰¹⁹) pasaba por buscar una compensación efectiva a los titulares de derechos a través de la implantación de un canon “amplio”²⁰²⁰. Estas tesis no difieren mucho de lo que fue la realidad española (“mirar para otro lado”, e intentar compensar a los titulares de derechos por medio del canon digital) hasta que la Sentencia PADAWAN del TJUE, y sobre todo la Sentencia ACI ADAM²⁰²¹ convirtieron esta política en impracticable.

Si hubiéramos de elegir un elemento del límite de copia privada sobre el que resultaba indudablemente relevante la reforma practicada por el AMLPI 2103, este sería sin duda alguna el

²⁰¹⁸ “Así por ejemplo, creo que es indiscutible que su un usuario se está descargando gracias a un programa P2P un «screener» de una película recién estrenada en su país es totalmente consciente de la ilicitud de la fuente a partir de la cual está haciendo la reproducción. Y, sin embargo, la cuestión puede ser más dudosa en un fonograma de música cubana de los años 30, en donde puede haber dudas razonables sobre la titularidad de los derechos, su posible paso al dominio público, etc.”. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 96.

²⁰¹⁹ Ídem. Pág. 97.

²⁰²⁰ En el mismo sentido MINERO señalaba lo siguiente: “El dilema se plantea entonces entre la introducción de una prohibición legal de la copia privada, de difícil cumplimiento, o el mantenimiento de una situación de recaudación extra vires aún en supuestos en los que el acceso a la obra o prestación protegida no se realiza por medios legales que, si bien no es la perfecta, sí es, por el momento, la solución “menos mala”. Por ello, entendemos que a este tipo de supuestos, si bien no son estrictamente copias privadas, sí se les debe extender la compensación equitativa asociada a éstas, siquiera sea para recompensar en parte el perjuicio que esa utilización ilegal –y actualmente incontrolable– produce en los derechos del autor o titular de un derecho afín”. MINERO ALEJANDRE, GEMMA. *El Futuro Incierto de la Regulación Española de la Compensación Equitativa por Copia Privada*, Revista jurídica, Nº 22, Págs. 171-195, 2010. Pág. 193.

²⁰²¹ Ver nota nº 2027.

requisito del “acceso legal”, puesto que el AMLPI 2013 realizaba una reformulación radical sobre él que incidía directa, significativa y sustancialmente sobre la totalidad del ámbito de actuación del límite. Así, la reforma del elemento o requisito del acceso legal: a) utilizaba conjunta y simultáneamente los dos subelementos de la “legalidad de la fuente” y la “legalidad del acceso”, delineando el ámbito de actuación de uno a través del otro; b) objetivaba el elemento del “acceso legal”, reformulándolo de tal manera que no dejaba espacio a la interpretación expansiva del límite sobre los actos de los usuarios a través del prisma de la “buena fe”; y c) restringía de manera radical el ámbito de actuación del propio límite de copia privada, precisamente especificando de manera precisa lo que habría de entenderse por “acceso legal”.

GONZÁLEZ DE ALAIZA, años antes de que se proyectara la reforma de la LPI, opinaba lo siguiente: *“Si la exigencia fuera que las copias solamente podrán realizarse «a partir de un ejemplar adquirido legalmente», el único legitimado para llevar a cabo copias privadas sería el propietario de un original, por lo que el ámbito de la excepción se reduciría drásticamente. Naturalmente no serían lícitas las copias obtenidas en redes de intercambio de archivos, lo que parece hasta cierto punto razonable. Tampoco serían lícitas las copias de las copias, aunque las realice el propietario del original. Ni siquiera las copias obtenidas a partir de una emisión radiodifundida, pues en los actos de comunicación pública no se adquiere un ejemplar*²⁰²². *Esto parece a todas luces excesivo”*²⁰²³. Pues bien, la redacción y concepción prevista para el límite de copia privada, según la redacción el artículo 31 de la LPI, de haberse realizado una traslación literal del AMLPI 2103, no distaba mucho de la hipótesis que planteaba GONZÁLEZ DE ALAIZA sobre una restricción drástica del ámbito de actuación del límite de copia privada. Esta restricción, como decíamos al principio de este punto, se halla estrechamente unido a como se defina en la LPI el “acceso legal”. En este sentido, la redacción del AMLPI 2013, amén de dejar inequívocamente fuera del ámbito de actuación del límite de copia privada las descargas no autorizadas realizadas desde redes P2P, sí que podría potencialmente convertir en ilícitas las copias realizadas desde otra copia (lo cual hubiera podido dejar fuera del límite de copia privada en potencia todas las copias realizadas desde un soporte a un ordenador personal, y desde el ordenador personal a un aparato

²⁰²² Este supuesto se regula por el AMLPI 2013 de manera independiente.

²⁰²³ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 307.

móvil –un iPad-), pero sólo si el titular de derechos no hubiera licenciado las reproducciones realizadas con motivo del “*format-shifting*”. Esta es obviamente la clave: todas las críticas realizadas a la restricción del límite de copia privada en el ámbito digital (no sólo la formulada por parte de GÓNZALEZ DE ALAÍZA) inciden en que si este se restringe devendrán ilícitas copias “éticamente buenas” que los usuarios deben realizar para sacar el máximo partido de una copia, siendo el caso más diáfano el de las reproducciones realizadas con objeto del “*format-shifting*”, y colocándoles por tanto en una situación de ilicitud. Tales críticas olvidan que los titulares de derechos en el ámbito digital licenciarán (y de hecho licencian rutinariamente –ver el caso de iTunes-) la realización de reproducciones que se requieren por cuenta del “*space-shifting*” o del “*format-shifting*”, y que de no licenciar tales reproducciones sin contraprestación económica los titulares de derechos y sus asimilados legales o contractuales fracasarán indefectiblemente en el mercado. Ni que decir tiene que la autorización directa por parte del titular de derechos original o derivado excluye al usuario de la tan criticada situación de ilicitud que supuestamente traería la restricción o incluso la eliminación del límite; y que esta no es una tesis de laboratorio, sino que la experiencia de los EE.UU prueba que nos hallamos ante la mejor alternativa tanto para los titulares de derechos como para los usuarios “decentes”. En cuanto a la segunda crítica de GONZÁLEZ DE ALAÍZA, el artículo 25.5 b) de la LPI, según redacción del Anteproyecto, incluía en el ámbito de actuación del límite de copia privada las reproducciones hechas de obras radiodifundidas por razones de “*time-shifting*” por parte del usuario, lo que hubiera representado el problema mayor planteado por la utilización única del subelemento de la “legalidad de la fuente”; amén de que en estos casos plantean dificultades en cuanto a la potencial licencia individual de la reproducción de la obra por parte de los titulares de derechos a los usuario, razón por la cual se permite en países con un límite de copia privada extremadamente restringido; bien mediante su regulación legal (Reino Unido e Irlanda), bien mediante la vía jurisprudencial (EE.UU).

Recordemos entonces como quedaba redibujado el elemento del “acceso legal” según el AMLPI 2013, y como se modifica este elemento respecto al Anteproyecto en el PMLPI 2014. De acuerdo con el Anteproyecto, la nueva redacción del artículo 31.2 b) prescribía que era requisito necesario para que una reproducción cayera dentro del ámbito de actuación del límite de copia privada:

“Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente. A estos efectos, se entenderá que ha accedido legalmente a la obra divulgada únicamente los siguientes supuestos:

1º. Cuando se realice la reproducción a partir del soporte original de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial.

2º. Cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno”.

Y el Proyecto de Ley modifica al Anteproyecto en lo referente a este elemento o requisito proponiendo la siguiente redacción para el artículo 31.2 b):

“Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:

1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada”.

La modificación del elemento del “acceso legal” emanada del AMLPI 2013 ha sido objeto de crítica tanto por parte del CGPJ, como por parte del Consejo de Estado que, como hemos visto,

elaboraron respectivamente un Informe y un Dictamen al respecto. El Proyecto de Ley recoge el guante sobre algunas de las críticas realizadas por el Consejo de Estado (algunas de ellas atinadas), aunque sobre todo en lo referente a asuntos técnicos, conservando no obstante el espíritu de la reforma proyectada en el Anteproyecto, y por tanto haciendo caso omiso a las críticas de fondo realizadas tanto por parte del Inf. CGPJ como por el Dictamen del Consejo de Estado. Esta circunstancia ha provocado un detrimento notable en la calidad técnica y coherencia sistemática de la reforma en muchos puntos del PMLPI 2104 con respecto al AMLPI 2013.

Así, el Inf. CGPJ realiza la siguiente crítica sobre la regulación del elemento del “acceso legal” en el Anteproyecto:

“En segundo lugar, el Anteproyecto matiza el requisito relativo a que la reproducción se realice a partir de obras a las que se haya accedido legalmente. Lo hace, primero, para precisar algo que en la regulación vigente se daba por sobreentendido: que ese acceso legal a la obra implica que deberá serlo “desde una fuente lícita”; y segundo para, a continuación, indicar en qué dos únicos supuestos se entenderá que existe tal acceso legal y desde una fuente lícita [...] El problema de dibujar unos contornos como éstos es que dejan fuera del límite numerosas copias, que por lo mismo pasarían a caer bajo la órbita del derecho exclusivo de reproducción de los titulares, sin que en rigor éstos puedan ejercer un efectivo control sobre las mismas. Así, es fácil ver que los titulares no tendrán la posibilidad de comprobar si realmente el adquirente de un soporte lícito de la obra que no lo haya adquirido por compraventa (ejemplares alquilados o prestados), o que lo haya adquirido por compraventa no comercial (mercado de segunda mano), se abstiene de realizar una copia para uso privado. Del mismo modo, no se aprecia de qué manera podrían los titulares asegurarse de que los destinatarios de un acto de radiodifusión realizan una copia temporal, únicamente destinada a un visionado o audición en un momento más oportuno. La ostentación de un derecho de exclusiva en estas circunstancias resulta de escasa utilidad, y por ello el límite de copia privada ha cubierto tradicionalmente todos esos casos, paliándose el perjuicio que esas reproducciones ocasionan a los titulares mediante la compensación equitativa” ²⁰²⁴ .

²⁰²⁴ Inf. CGPJ. Punto 28.

En este sentido el Dictamen del Consejo de Estado señalaba lo siguiente:

“Por lo que se refiere a la restricción del ámbito objetivo de la copia privada, ha de destacarse que la exigencia de que la copia sea realizada de un original (obra autorizada por el titular) y adquirida en propiedad por compraventa elimina del límite de copia privada figuras que implican en principio un acceso legal, como el alquiler o el préstamo (artículo 19.1 de la LPI: “Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”) [...] no puede dejar de advertirse que las figuras del préstamo y del alquiler, recogidas en la LPI en los términos indicados, han contado con una regulación europea específica, contenida en la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual y, en su versión codificada, en la Directiva 2006/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006. En particular, esta segunda Directiva establece que “el derecho a obtener una remuneración equitativa a cambio del alquiler por parte de los autores o artistas intérpretes o ejecutantes será irrenunciable” (artículo 5.2) y contiene reglas sobre la remuneración debida en los casos de préstamo, incluido el de carácter público. Algunas de las peculiaridades de este régimen han sido examinadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 30 de junio de 2011, C-271/10, VEWa contra Bélgica). El Anteproyecto elimina la inclusión en el límite de copia privada de, entre otras, las mencionadas posibilidades de acceso legal a las obras y, por consiguiente, también las excluye del régimen de compensación del artículo 25”.

Lo primero que hay que apuntar es que (como creo he demostrado) resulta más que discutible que en la redacción vigente del artículo 31.2 de la LPI se exija el requisito de “legalidad de la fuente”, por mucho que el Inf. CGPJ entienda que esto era “algo que en la regulación vigente se daba por sobreentendido”. Además, la experiencia de otros países en los que no existe el límite de copia privada (de nuevo hay que poner el ejemplo de EE.UU.), nos indica que los problemas que el CGPJ apunta carecen de relevancia práctica. Lo importante es dibujar de manera adecuada los contornos

de lo que sea “acceso legal”, y no preocuparse porque los titulares de derechos no puedan ejercer control sobre los actos ilícitos (como por ejemplo: realizar una copia para la propia videoteca del usuario de una obra alquilada o prestada, o que el usuario no borre la copia que se haga por razones de “*time-shifting*” una vez que este haya usado o disfrutado la obra con este motivo). El Inf. CGPJ se basa en una profunda desconfianza en los actores del mercado, así como en una concepción progresivamente arcaica de lo que está ocurriendo en la realidad de la explotación digital de obras protegidas por el Derecho de Autor. En el fondo, lo que se traduce del informe es una voluntad de que las cosas sigan exactamente igual, lo cual la industria de contenidos de nuestro país no se puede permitir. Es por ello que, puesto que el Inf. CGPJ puede tener razón en su tesis de que la restricción del ámbito de actuación del límite realizada para reducir en montante de la compensación equitativa podría tener el problema de que iría en contra de la necesaria institución de un sistema de compensación equitativa suficiente para compensar el perjuicio causado a los titulares de derechos, cuando un Estado miembro adopte el límite de copia privada según le faculta la DDASI, y que por ello se puede retrasar “*sine die*” la necesaria y urgente reforma de la Legislación Española sobre propiedad intelectual, dadas las circunstancias, y puesto que parece improbable que el Gobierno regrese al sistema de canon digital (como recomiendan tanto el Inf. CGPJ como el dictamen del Consejo de Estado; si bien ambos abogan un sistema “corregido” para adaptarse a la Sentencia PADAWAN). Tampoco parece probable que el Gobierno decida elevar el importe de la asignación presupuestada en los PPGGE para compensar a los titulares de derechos por la realización de copias privadas a las cifras pre-reforma. Por ello quizá lo mejor sea eliminar el límite de copia privada del ordenamiento jurídico español, al menos en el ámbito digital. La autorización legal para realizar reproducciones temporales al amparo del límite de retransmisiones radiodifundidas o televisadas podría subsistir (sin especificar el soporte en que se realice la reproducción), así como el residual límite de copia privada analógico, en el que subsiste la imposibilidad de control. Esta eliminación del límite de nuestro ordenamiento resulta perfectamente compatible con el Derecho Comunitario, ya que (recordemos) en la DDASI el límite es de carácter facultativo, y además existen países de nuestro entorno (curiosamente en los que la industria de contenidos goza de mejor salud) en los que el límite no se reconoce. Aun pareciéndome la reforma que practicaba el AMLPI 2013 positiva, tanto el Inf. CGPJ como el Dictamen del Consejo de Estado hacen temer lo peor (una reforma del límite farragosa, que tarde

años en concretarse, y cuyo resultado final resulte tan descafeinado e inoperante que haya que comenzar inmediatamente a pensar en otra reforma, como ha ocurrido con la “Ley Sinde”).

En cuanto a la crítica que se deduce del Dictamen del Consejo de Estado, hay que señalar que el prelegislador ha hecho caso omiso de ella. Se deducía del dictamen una intensa recomendación en el sentido de añadir como “copias patrón” lícitas las obras a las que el usuario hubiera accedido mediante un acto autorizado de alquiler o préstamo. El AMLPI 2013 no consideraba estas copias como fuentes lícitas, y el PMLPI 2014 hace otro tanto, puesto que la redacción que el Proyecto de Ley realiza del artículo 31.2 b) 1º (a diferencia del artículo 31.2 b) 2º) no amplía los supuestos de “acceso legal” mediante distribución (es decir, mediante la transmisión temporal de la posesión de un soporte). Además, las copias puestas a disposición de los usuarios bajo licencia y de forma interactiva (el equivalente en el mundo digital en línea al alquiler o préstamo) se encuentran asimismo exentas del ámbito de actuación del límite. Quedarían por considerar (bajo la nueva redacción del Anteproyecto) las obras puestas a disposición del usuario en Red bien sin licencia, bien sin interactividad. La nueva redacción del límite emanada del Proyecto de Ley resulta bastante vaga en lo referente a estos supuestos, por lo que es difícil aseverar si la intención del prelegislador era mantenerlas bajo el ámbito de actuación del límite de copia privada o todo lo contrario (el Anteproyecto resultaba taxativo a este respecto).

Dictamen del Consejo de Estado de España Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013 de 11 de noviembre de 2013.

Por tanto, nos queda comparar las dos redacciones del elemento del “acceso legal” (la del Proyecto de Ley y la del Anteproyecto) a la luz del Inf. CGPJ y del Dictamen del Consejo de Estado). A la luz de este ejercicio se infiere lo siguiente:

- a) Tanto el AMLPI 2013 como el PMLPI 2104 realizan una primera restricción sobre concepto de acceso legal, exigiendo que para que este se considere como tal, la obra ha de estar divulgada previamente a que el usuario acceda a ella. Tal restricción no supone sin embargo cambio alguno respecto a la Ley vigente, ya que es esta una exigencia del límite (la única) motivada por el respeto a los derechos morales del autor.

- b) Se contemplaba en el Anteproyecto un supuesto de acceso legal puro en el que resulta lícito para el usuario realizar una copia privada (temporal): la comunicación radiodifundida autorizada de obras sujetas al Derecho de Autor. En el PMLPI, sin embargo, este elemento que claramente se limitaba en el Anteproyecto a las situaciones de “*time-shifting*” se convierte en una vaga “*reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada*”. Resulta difícil adivinar lo que significa esta norma, aunque el artículo 25.5 de la LPI según el mismo Proyecto de Ley señale que “*En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno*”. Además, en el Debate de enmiendas a la totalidad al Proyecto de Ley de reformas a la LPI celebrado en el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 2014, el Ministro de Educación y Cultura JOSÉ IGNACIO WERT expresa y sorprendentemente se refirió a esta norma jurídica como una diseñada para cubrir las necesidades derivadas del “*time-shifting*”²⁰²⁵. Si esto es así, sorprende (de ahí la acotación) que: a) se elimine el requisito de temporalidad de la copia; b) se cambie la el verbo “radiodifundidas” por la fórmula “*difusión de la imagen, del sonido o de ambos*”. La adición al final de este supuesto legal de la “coletilla” “*y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada*” supongo (suponer es un verbo que se conjuga frecuentemente ante el Proyecto de Ley) viene motivada por la siguiente crítica que contenía el Dictamen del Consejo de Estado: “*También ha merecido críticas, en esta línea de delimitación objetiva de la copia privada, la redacción del número 2º del artículo 31.2.b), en cuanto cabría la posibilidad de que legitimara como copia privada la grabación de una película en una sala de cine. El tenor literal del apartado podría permitir*

²⁰²⁵ El video de este debate se encuentra disponible en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/GenericPopUp?next_page=/wc/verEmisionAudiovisual&idOrgano=400&idSesion=182&fecha=10/04/2014&secuencia=557722&legislatura=10. (Visitado por última vez el 15 de abril de 2014).

alcanzar esa conclusión, por lo que se recomienda la revisión del precepto, a fin de acomodarlo al régimen sancionador administrativo y penal de las conductas que en este ámbito contiene el Anteproyecto y además dotar a esa modalidad de acceso legal, desde fuente lícita de los elementos de temporalidad y finitud propios de ciertos actos de comunicación pública". Produce perplejidad la crítica del Consejo de Estado respecto a que el término "radifusión" se pueda entender como habilitador de la grabación de una película en una sala de cine bajo el límite de copia privada, pero no tanto como que el hecho de que el prelegislador haya decidido modificar el artículo 31.2 b) 2º por cuenta de este dudoso argumento, convirtiendo una redacción razonablemente clarificadora en una norma ininteligible.

- c) El AMLPI 2013 objetivaba el acceso legal; ya que sólo se entendía por este el realizado a una *"obra adquirida en propiedad [por el usuario] por compraventa comercial"*. Así, quedaban fuera del límite no sólo las reproducciones realizadas a través de redes P2P y similares, sino también las realizadas desde "copias patrón" alquiladas, cedidas²⁰²⁶, etc. La fórmula empleada era entonces de todo punto objetiva, y no dependía de las circunstancias personales del usuario; ya que o se tiene la copia de la obra en propiedad o no se tiene y, o bien se ha adquirido a través de los circuitos de compraventa comercial o fuera de ellos (quizás se hubiera debido añadir a la *"compraventa comercial"* la adjetivación "lícita" para dotar de objetividad total a la redacción, que no es sino la concepción del subelemento "legalidad de la fuente" y descartar las copias realizadas de copias "top-manta" o similares). Además, se podría predicar que el Anteproyecto contenía una grave deficiencia que resulta difícil de aseverar si mantiene el PMLPI 2104, ya que los circuitos de compraventa comercial comercializan obras fijadas en un soporte físico o liberadas de él (iTunes), con lo que el Anteproyecto no incluía este tipo de compraventa que ya significa una porción importante del mercado, y que progresivamente sin dudarse se

²⁰²⁶ Aunque yo creo que, bajo la redacción del Anteproyecto (y del AMLPI 2104), si se hubiere cedido o regalado a un tercero una copia adquirida por compraventa comercial, siempre que efectivamente se transmita la propiedad, seguramente el usuario que reciba la cesión o regalo acceda legalmente a la copia, y pueda por tanto realizar legalmente una copia privada; e incluso si se hubiera vendido por el usuario una copia original adquirida por compraventa comercial en el mercado de segunda mano, ya que no hay que olvidar que esta norma regula los supuestos de distribución que constituyen un "acceso legal" a efectos del límite, y que la *"first sale doctrine"* resulta aplicable en el ámbito de las distribuciones lícitas.

va a convertir en la forma principal de transmitir la propiedad lícitamente sobre una copia. Así, se podría predicar alternativamente que este último tipo de transmisión de la propiedad sobre una copia cuando esta se halla liberada de un soporte físico quedaría en el Proyecto de Ley incardinada en el propuesto artículo 31.2 b) 2º, o que directamente queda (como debería quedar toda transmisión de la propiedad sobre una copia digital) fuera del ámbito de actuación del límite de copia privada, y habría que atenerse a las condiciones generales de contratación bajo las cuales se transmite la propiedad sobre esa copia “inmaterial”.

- d) Consecuencia de lo señalado en el párrafo anterior, la existencia o no del requisito de la “buena fe” en la persona física copista queda extramuros de la interpretación del límite. Esto es así, a pesar de que ni el AMLPI 2013 ni el PMLPI 2014 no modifican el artículo 139.4 de la LPI.
- e) El Proyecto de Ley añade a la redacción del artículo 31.2 b) 2º según el Anteproyecto las fórmulas legales “*directa o indirectamente*”, “*autorizada por su titular*”, y sustituye “*compraventa comercial*” por “*compraventa mercantil*”. La primera de las modificaciones realizadas, la que amplía los supuestos de “acceso legal” a las reproducciones realizadas “*directa o indirectamente*” de las copias lícitamente distribuidas y adquiridas resulta muy positiva (siempre entendiendo que lo que realmente me parecería muy positivo es la total exclusión del límite de copia privada del ámbito digital) puesto que la mayoría de las reproducciones que se realice de un soporte digital autorizado son por definición indirectas (el caso tipo es el de una reproducción directa del soporte al ordenador personal del usuario, y otra u otras indirectas a los aparatos móviles). En cuanto a la adición del requisito de que las copias adquiridas por compraventa deban de ser originales autorizados por parte del titular de derechos, aunque no sobra, parece redundante, puesto que este requisito se sobrentiende, y no aparece ni en el artículo 18 (que regula la reproducción) ni en el artículo 19 (que regula la comunicación) de la LPI, ni tampoco en el punto 2º del proyectado artículo 31.2 b). Por último, es de suponer que la sustitución del término “compraventa comercial” por “compraventa mercantil” responde a la siguiente crítica realizada por el Dictamen del Consejo de Estado: “*Como puede apreciarse, las novedades que pretende introducir el Anteproyecto son numerosas, habiéndose criticado la indicada reducción del*

ámbito del límite de la copia privada, que además se acompaña del empleo de conceptos jurídicos indeterminados ("sin asistencia de terceros" o "compraventa comercial", en vez de compraventa mercantil)".

- f) En este sentido, al añadir el subelemento de la “legalidad de la fuente”, resulta evidente que se pasarán a considerar legalmente ilícitas las copias realizadas de copias sin autorización del titular de derechos. La norma ni ofrece, ni ofrecía dudas, ya que emplea el adverbio “únicamente”. La Exposición de Motivos del AMLPI 2013 señalaba que:

“En estas circunstancias se procede a una nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que supone su restricción como consecuencia de la exclusión, por un lado, de las reproducciones para uso profesional o empresarial, en cumplimiento de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por otra parte de las reproducciones a partir de soportes físicos que no sean propiedad del usuario, incluyéndose aquellas no adquiridas por compraventa comercial, y mediante comunicación pública salvo las reproducciones temporales e individuales de las obras radiodifundidas que se realicen únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento posterior. Al dejar de quedar amparadas por el límite de copia privada, estas reproducciones, cuando carezcan de autorización, devienen ilícitas y no podrán ser objeto de la compensación equitativa”.

Y la Exposición de Motivos en el Proyecto de ley contiene un párrafo similar, aunque alterado con el objeto de incluir las modificaciones que realiza el Proyecto de Ley sobre el Anteproyecto:

“En estas circunstancias se procede a una nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que supone su restricción como consecuencia de la exclusión, por un lado, de las reproducciones para uso profesional o empresarial, en cumplimiento de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por otra parte de las reproducciones a partir de soportes físicos que no sean propiedad del usuario,

incluyéndose aquellas no adquiridas por compraventa mercantil, y mediante comunicación pública salvo las reproducciones individuales de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos. Al dejar de quedar amparadas por el límite de copia privada, estas reproducciones, cuando carezcan de autorización, devienen ilícitas y no podrán ser objeto de la compensación equitativa”.

En resumen, el proyecto de Ley realiza una modificación del requisito de “acceso legal” difusa y vaga con respecto al Anteproyecto. Es de suponer que la restricción de lo que se haya de entender por “acceso legal” quedará más difuminada en el eventual texto definitivo de la reforma tras su paso por el Congreso de los Diputados, con lo cual no resulta difícil maliciarse que acabaremos asistiendo a la aprobación de otro texto legal inoperante. Así, la reforma radical que defiende (la exclusión del límite de copia privada en el ámbito digital) parece la única que satisfecería los objetivos del Gobierno (presupuestar la cantidad menor posible para financiar la compensación equitativa), y resultaría conforme con la actual normativa comunitaria ²⁰²⁷.

²⁰²⁷ Precisamente de Europa viene la ultimísima redefinición de los contornos del acceso legal. Como ya hemos señalado, no existe en el artículo 5.2 b) de la DDASI referencia alguna al elemento del “acceso legal”. Sin embargo, este elemento es sobre el que pivota la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 10 de abril de 2014. ACI Adam BV y otros contra Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding (en adelante Caso ACI ADAM). En este caso, los demandantes ACI Adam eran importadores y/o fabricantes de soportes de datos vírgenes, como CD y CD-R, y la demandada era la Sociedad de Gestión holandesa STICHTING, que al cobrar el canon digital que financiaba en ese país la compensación equitativa, incluía en el concepto de “perjuicio causado” que daba lugar a la exacción las reproducciones practicadas desde fuentes ilícitas, con lo que en el fondo se estaba cobrando un canon (también) sobre la piratería. Tras la preceptiva demanda ante los tribunales holandeses, el Tribunal Nacional de la Haya, este planteó ante el TJUE tres cuestiones prejudiciales de las que las dos primeras son las relevantes para nuestro estudio, y se resumían en la pregunta consistente en si una Ley sobre Derecho de Autor nacional que aceptase como “fuente lícita” o “copia patrón lícita” de una copia privada una copia ilícita sería consistente con la “prueba de los tres pasos”, llegando el TJUE a una conclusión negativa. El TJUE argumentó que puesto que las limitaciones al Derecho de Autor contempladas en la DDASI han de interpretarse necesariamente de forma restrictiva y en conformidad con la “prueba de los tres pasos”, una legislación nacional en la que se contemplase como fuente lícita para la realización de una copia privada una “copia patrón” ilícita resultaría necesariamente contraria al Derecho Comunitario. Además y consecuentemente, los Estados miembros podrían restringir el ámbito de actuación de las limitaciones y excepciones recogidas en la DDASI, pero en ningún caso ampliar tal ámbito de actuación. Por tanto, aunque el artículo 5.2 b) de la DDASI no haga mención alguna al elemento del “acceso legal” en su regulación del límite de copia privada, este “ha de interpretarse aplicando el principio de interpretación estricta” (apartado 30). Finalmente, una interpretación del límite de copia privada que aceptara su realización desde una fuente ilícita menoscabaría el buen funcionamiento del mercado interior y resultaría un obstáculo a la difusión de la cultura. Puesto que un límite de copia privada que permita realizar tal copia desde una fuente ilícita resulta inaceptable, lógicamente el establecimiento de un sistema de compensación equitativa destinado a compensar a los autores por el perjuicio causado por tales reproducciones resulta asimismo ilícito. Las consecuencias que se derivan de este caso son que existe efectivamente un requisito o elemento de “acceso legal” implícito en el artículo 5.2 b) de la DDASI, y que la “prueba de los tres pasos” es y debe de ser

6.3.2.3 Que el uso para el que se que realice la reproducción sea en el ámbito privado o familiar de la persona física copista.

El paso de la tecnología analógica a la digital, maximizado por la aparición de Internet, además de por la generalización y ubicuidad del uso de la Red, ha impactado en el mismo núcleo conceptual del límite legal de copia privada, puesto que ha causado una redefinición radical en la concepción tradicional del propio elemento definitorio por excelencia del límite (tan importante que forma parte de su propia denominación, ya que los adjetivos privado/privada son sus apellidos). Durante la era analógica, debido a la necesaria tangibilidad de las copias y a la (en términos del potencial daño o perjuicio económico para los titulares de derechos) casi anecdótica transmisibilidad potencial de las mismas, existía un consenso básico entre todas las partes afectadas sobre el significado y alcance legal del concepto “*privado*”. La llegada de la tecnología digital, y con ella de la interconexión entre los usuarios a través de la Red, así como de la progresiva compresión de los archivos digitales que contienen obras de creación, además de la creciente capacidad de almacenamiento de los equipos informáticos domésticos ²⁰²⁸, y sin olvidar la progresiva y vertiginosa velocidad en la transmisión de datos de que son capaces las conexiones ADSL, han provocado que la barrera natural que representaban las distancias físicas se haya difuminado en lo que respecta a la transmisión y comunicación de obras de creación, así como en cuanto al número potencial de usuarios receptores. Como señala acertadamente KARAPAPA “*El concepto de uso “privado” se encuentra actualmente en movimiento, e ilustran este punto, por ejemplo, las redes sociales. Uno puede solamente especular si los “amigos” en FACEBOOK representan un círculo privado en lo concerniente a la capacidad de visionar juntos, y de manera legítima vídeos, y si los contactos de SKYPE se hallan tan íntimamente conectados como para enviarse mutuamente de manera lícita e-books o archivos MP3*” ²⁰²⁹.

efectivamente aplicable a la hora de medir la validez de la asunción de una determinada limitación o excepción por parte de un Estado miembro.

²⁰²⁸ Mi ordenador portátil en el año 2001 tenía la para mí asombrosa capacidad de 20 Gigabytes; mientras que el portátil desde que escribo estas líneas goza de una capacidad de almacenamiento de 700 Gigabytes (35 veces más). Estoy convencido de que si alguien revisa estas líneas en el año 2019 (en el plazo de cinco años), se sonreirá ante la ínfima capacidad de almacenamiento del (en estos momentos) penúltimo grito en cuestión de ordenadores.

²⁰²⁹ “*The concept of ‘private’ use is currently in motion and social-networking sites for instance, illustrate this point. One can only speculate whether Facebook ‘friends’ are a private circle so as to legitimately watch videoclips together and whether Skype contacts are so privately connected to lawfully send each other e-books or mp3 files*”.

Como en muchas otras secciones de este trabajo, a la hora de analizar este punto no podemos olvidar en ningún momento que en la Red toda utilización de una obra (sea personal o privado, colectivo o público, autorizado o no) requiere necesariamente que se realice una reproducción, y por ello CARBAJO GASCÓN profetizaba ya en el año 2003 (profecía cumplida con el paso del tiempo al pie de la letra) que *“El control del uso privado constituye un elemento clave en el nuevo entorno, pues de lo contrario las enormes facilidades para realizar copias privadas por medios digitales o electrónicos almacenadas en soportes tangibles baratos (CD’s regrabables) o intangibles (disco duro del ordenador), y la no menos accesible y sencilla transmisión en línea por diferentes medios a un número ilimitado de posibles destinatarios conduciría –mediante un arrollador efecto en cadena- a una copia masiva y gratuita entre particulares, La cual puede provocar fenómenos ya conocidos de piratería doméstica, que, a su vez, puede ser el punto de partida de posteriores iniciativas de piratería profesional”* ²⁰³⁰.

La base de la división conceptual que voy a realizar entre este y el siguiente punto del presente capítulo, no es otra que el concepto de “uso privado” se debería referir a los actos legítimos de reproducción que realiza el usuario en su ámbito doméstico (no olvidemos que el propósito de este trabajo no es otro que analizar un límite al derecho de reproducción), mientras que la “*utilización colectiva*” posterior se refiere a los actos de distribución, comunicación, o puesta a disposición al público que lleve a cabo el usuario de su copia privada una vez realizada esta (es decir, cumplido el resto de requisitos previos), actos que niegan la validez del límite aplicado a una copia concreta, realizada por un usuario concreto, “*a posteriori*”, y derivativamente a todas las copias asimismo posteriores realizadas sobre esta copia devenida ilícita. La palabra clave en el análisis del elemento o requisito del “uso privado” es “doméstico”, y en el análisis del uso colectivo, “público” (entendido como audiencia potencial). Así, la realización de los actos que habrían de estar autorizados por los titulares de derechos de estar dirigidos “*al público*”, no habrán de estarlo de realizarse en el ámbito privado del usuario, y se excluyen legalmente en este supuesto “*a contrario sensu*” del ámbito de actuación de los derechos de distribución ²⁰³¹ y de comunicación

KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 49. (Traducción del autor).

²⁰³⁰ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 51.

²⁰³¹ El artículo 19.1 de la LPI excluye “*a contrario sensu*” la puesta a disposición de copias tangibles en el ámbito doméstico. “1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma” (excepto en lo referente a la

o puesta a disposición pública²⁰³² recogidos en la LPI. Por ello señala SÁNCHEZ ARISTI que la copia privada es “la copia hecha el ámbito doméstico para cubrir algunas utilidades no comerciales, tales como el “time-shifting” (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un día y una hora determinados, la grabada en un soporte virgen para poder disfrutarla de momento posterior), el “space-shifting” (el usuario que dispone ilícitamente de un soporte de la obra o prestación en un espacio determinado, la graba para poder disfrutarla en otro lugar), el “device shifting” (el usuario que dispone ilícitamente de un soporte de la obra o prestación en un formato determinado, la graba en otro formato para poder emplearla en un equipo diferente), o el “sampling” (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación la graba a modo de muestra que ofrecer a alguna persona de su entorno privado). Por ámbito doméstico hay que entender el que se corresponde con el de la familia y allegados”²⁰³³. Estos los actos de los que hablaremos en este punto del trabajo: actos exclusivamente de reproducción (elemento objetivo), en los que simultáneamente a su realización el usuario ha de albergar necesariamente la intención de dedicar la copia resultante a su uso privado (elemento subjetivo). De lo contrario, tales actos de reproducción, de no estar autorizados, resultarían ilícitos desde el momento mismo de su realización, ya que su adscripción al ámbito de actuación del límite legal de copia privada sería nula de pleno derecho, resultando en copias ilícitas “*ex tunc*”.

Así que, en suma, en este punto estudiaremos los actos de reproducción arriba mencionados, y su relación con el límite de copia privada en lo concerniente al ámbito privado del usuario, y dejaremos los actos de distribución, comunicación, o puesta a disposición “*públicos*” para su análisis en el siguiente punto de este capítulo, que analizará la utilización colectiva de la reproducción, y que actúa de manera análoga sobre el límite de copia privada como lo hacen las condiciones resolutorias sobre los contratos: anulando el estatus de copia privada de una reproducción una vez que el usuario realizare un acto no autorizado de distribución o comunicación

“*first sale doctrine*”, que se regula en el artículo 19.2 de la LPI). Esta puesta a disposición en el ámbito doméstico incluye la puesta a disposición de copias privadas.

²⁰³² Aquí el artículo 20.1 (párrafo segundo) de la LPI explícitamente excluye del derecho de comunicación de los autores y asimilados la comunicación o puesta a disposición en el ámbito doméstico:

“1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”.

²⁰³³ SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 12.

pública, momento en el cual la reproducción realizada perdería su estatus de copia privada, deviniendo ilícita “*ex nunc*”.

El límite de copia privada no implica pues que el usuario adquiriera facultades de disposición ilimitadas sobre la copia realizada a su amparo, ya que esta únicamente podrá ser utilizada en todo caso para su uso y disfrute personal, y sólo incidentalmente para el uso y disfrute del círculo familiar o de allegados cercanos del usuario/persona física/copista. El derecho del usuario sobre la copia de la obra fijada en un aparato o soporte (o en soportes carentes de fisicidad, como por ejemplo un archivo digital) no participa entonces de todas las facultades que se predicen del dominio sobre una cosa, por mor del carácter especial de la propiedad intelectual, cuyo objeto de derecho son bienes inmateriales. En lo concerniente al límite de copia privada hemos de considerar además que no estaríamos hablando de un derecho, sino de un límite sobre un derecho ajeno; por lo cual, aún con mayor motivo, las facultades de pleno dominio y transmisibilidad sobre los derechos de explotación sobre una copia determinada de una obra no se transmitirían, puesto que el titular del Derecho de Autor conserva todos los derechos de explotación sobre la obra, independientemente de las facultades de uso y disfrute de las que el usuario pudiera beneficiarse con respecto a una copia determinada, tanto si esta copia hubiera sido adquirida legítimamente en el mercado, como si hubiera sido realizada al amparo del límite de copia privada (exigencia esta necesaria, que se deriva de la propia razón de ser del Derecho de Autor). Por tanto, si habláramos de obras adquiridas lícitamente por el usuario en el mercado, el usuario gozaría exclusivamente (por razón de la imposibilidad de controlar tales actos) de la facultad de distribuir copias singulares de las copias de obras sujetas al Derecho de Autor que estuviesen fijadas en soportes tangibles, puesto que gozaría de un derecho de propiedad sobre ese determinado soporte tangible; pero si hablamos de copias realizadas al amparo del límite de copia privada, esta facultad de distribución de la copia se restringiría a su ámbito privado. En lo concerniente al derecho de comunicación, el usuario adquirente legítimo de una copia sólo goza de la posibilidad de realizar actos de comunicación de esa copia determinada en su ámbito privado, ya que tales actos escapan al derecho de comunicación de los autores en tal ámbito, y , “*mutatis mutandi*”, lo mismo resulta predicable de una copia privada.

Por tanto, la supuesta facultad de dominio total del usuario sobre una copia privada que se predica en los mentideros parajurídicos es de todo punto incorrecta, puesto que en ningún caso resultan

transmisibles las copias privadas que el usuario hubiera realizado como consecuencia de su aprovechamiento del límite fuera de su ámbito estrictamente privado, ya que en tal caso las supuestas facultades de transmisión de la propiedad no sólo sobre la obra generalmente considerada, sino sobre una copia individual y determinada de la obra que resulte del ejercicio del límite de copia privada sencillamente no existen. Que el ordenamiento jurídico consintiera cosa diferente implicaría transmitir a la persona física que realizare una reproducción subsumible bajo el límite de copia privada las facultades de explotar dicha obra ²⁰³⁴ (distribuyéndola en caso que estuviera fijada en un soporte tangible, como un DVD virgen; comunicándola a través de una red P2P, o poniéndola a disposición de otros usuarios, fijándola en una web de almacenamiento “abierta”, y suministrando simultáneamente el enlace para que estos pudieran usar y disfrutar la obra mediante una reproducción vía “*streaming*”). Bien, nada de esto es posible ni bajo los sistemas de Derecho de Autor, ni bajo los sistemas de “copyright” (aunque sí bajo sistemas alternativos como las licencias “creative commons”, que como hemos explicado son meramente auto-restricciones a los derechos de explotación derivados del Derecho de Autor, practicadas voluntariamente por los titulares de derechos sobre una determinada obra). Incluso si el usuario utilizara una copia privada para la realización de tales actos de distribución o comunicación no autorizada, sin recibir contraprestación económica alguna (ni directa, ni indirecta), aun se estaría conculcando el “*ius prohibendi*” de los titulares de derechos sobre la explotación no autorizada de sus obras, dado que el usuario no puede legalmente distribuir, comunicar, o poner a disposición una obra si nunca se le hubieren transferido tales facultades por parte del titular de sus derechos de explotación (es decir, de su derecho de propiedad).

Además, estos actos en los que el usuario distribuye, comunica o pone a disposición de un tercero su copia privada (de un amigo, de un conocido más o menos cercano) representarán muy probablemente para el titular de derechos un perjuicio económico, ya que tales actos de distribución, comunicación o puesta a disposición no autorizada, que hipotéticamente realizare el beneficiario del límite de copia privada sobre su copia, serían actos que sustituirían a los actos de distribución, comunicación, o puesta a disposición que potencialmente hubiera podido realizar el

²⁰³⁴ Y utilizo el término “explotación” con pleno conocimiento de causa, ya que el artículo 19 ni el artículo 20 de la LPI (excepto en el caso del préstamo entre particulares) consideran que el que exista una contraprestación económica o de otro tipo es “*conditio sine qua non*” para que un acto de distribución o de comunicación no autorizado realizado por parte de un usuario se pueda considerar ilícito.

legítimo titular de derechos sobre la obra. El que el tercero donatario de la copia hubiera o no pagado por el uso y disfrute de la obra de no haber mediado el “regalo” resulta irrelevante, del mismo modo que resulta irrelevante si quien que comunique ilícitamente en su bar una señal de CANAL+, sin pagar por tal servicio al GRUPO PRISA, se pueda económicamente permitir abonar la cuota para ofrecer ese servicio a sus clientes, o si ofrecería tal servicio de no tener más alternativa que pagar por él. Resulta irrelevante porque se estaría haciendo uso de las facultades derivadas de un derecho que no se tiene. Como muy bien apunta NAVARRO FERNANDEZ, “*Lo privado hace referencia, repito, a un uso de la reproducción no destinada al mercado, aunque no cabe duda de que del uso privado (personal o profesional) se saca provecho o goce de la obra. La cuestión está en determinar si se lesiona seriamente el potencial mercado editorial*” ²⁰³⁵.

Así resulta legalmente posible realizar una copia privada sobre una obra para cedérsela a mi hijo, a mi mujer, a mi madre, o a los integrantes de otros “modelos” de familia si conviven bajo mi mismo techo; pero si no lo hiciera, y existiendo ya una copia de esa obra determinada en el domicilio común, resulta improbable que cada miembro de esa familia adquiriera su propia copia de la obra en el mercado; mientras que probablemente todas las personas físicas que convivan bajo un mismo techo se alternarán en el uso y disfrute de una copia original o privada de una determinada obra. Sin embargo, si realizo una reproducción de la obra, y regalo esa copia a un amigo, muy posiblemente esa copia acabaría actuando como sustitutiva en el mercado del original de la que mi amigo hubiere terminado adquiriendo para su propio uso y disfrute en su propio domicilio; uso y disfrute en el que mi amigo seguramente incluiría a los miembros de su particular ámbito privado. DELGADO PORRAS alertaba sobre la alta irregularidad de esta situación, puesto que la identidad entre la persona física que realiza la copia privada, y quien acaba realizando un uso privado de la misma “*no puede romperse de modo que se pongan a cubierto de la excepción legal copias efectuadas por quienes no han de utilizarlas; esto sólo podría hacerse mediante una interpretación extensiva del precepto considerado. Pero esa interpretación no es admisible por la naturaleza de norma excepcional del citado artículo 31 (artículo 4.2 del Código Civil* ²⁰³⁶)” ²⁰³⁷.

Por tanto, la extensión artificial del ámbito privado del usuario resulta irregular en términos de la

²⁰³⁵ NAVARRO FERNÁNDEZ, «La copia privada y las metamorfosis del Derecho de Autor», *Actualidad civil*, 1999, Tomo 1º. Pág. 246.

²⁰³⁶ Artículo 4.2 del CC: “*Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”.

²⁰³⁷ DELGADO PORRAS, ANTONIO, «La copia privada en España», *RIDA*, núm. 145, julio 1990. Pág. 45.

propia lógica sistemática del ordenamiento jurídico español considerado en su totalidad. Pero es que además va en contra de la propia “*ratio legis*” de la ley de Propiedad Intelectual, puesto que un límite a un derecho reconocido en dicha Ley acabaría teniendo más peso real en la aplicación de la norma a la realidad que el propio derecho, lo cual es a todas luces una aberración jurídica. O, dicho de otra manera: nadie puede transmitir la propiedad que no tiene.

Dicho esto, pasaremos a continuación a mostrar someramente la evolución histórica de la plasmación al derecho positivo de este elemento en nuestro país, debiendo necesariamente comenzar con su configuración en el Derecho Comunitario. Recordemos en primer lugar que el artículo 5.2 b) de la DDASI señalaba que

“2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6”.

No obstante, en lo que concierne a la formulación del elemento del “uso privado”, durante el proceso de redacción de la DDASI se llegaron a considerar hasta cinco fórmulas distintas antes de llegar a su redacción definitiva. Las fórmulas manejadas fueron: a) “...*por una persona física para su uso personal...*”²⁰³⁸; b) “...*por una persona física para su uso privado...*”²⁰³⁹; c) “...*por una*

²⁰³⁸ Enmienda nº 93 del Proyecto de Recomendación para la Segunda lectura de 17 de enero de 2001, (PE 298.368/AM 5-197). Pág. 64. Presentada por GENEVIÈVE FRAISSE y MARIE-FRANÇOISE GARAUD. Es de reseñar que en la parte justificativa de la Enmienda se señala no obstante que “*La excepción para copias privadas debe limitarse exclusivamente a las que sean realmente privadas, es decir las que haga el copista para su uso privado*”. Ídem. Pág. 65. También la enmienda nº 84 del mismo Proyecto de Recomendación. (aunque no he conseguido copiar el enlace directo, una versión en formato Word del documento se puede conseguir en https://www.google.com/webhp?source=search_app#sclient=psyab&q=Proyecto+de+Recomendaci%C3%B3n+para+la+Segunda+lectura+de+17+de+enero+de+2001+PE+298.368%2FAM+5197+&oq=Proyecto+de+Recomendaci%C3%B3n+para+la+Segunda+lectura+de+17+de+enero+de+2001+PE+298.368%2FAM+5197+&gs_l=serp.3...6286.6286.1.8184.1.1.0.0.0.93.93.1.1.0.cpsugrpqhmsignedin..0.0.0.1.1.17.psyab.3mneuOpNQqA&pbx=1&bav=on.2,or.r_cp.r_qf.&fp=4505e11217bf893d&biw=1366&bih=667). (Consultado por última vez el 29 de julio de 2013).

²⁰³⁹ Ídem. Enmiendas nº 81, 83, 85, 88, y 91.

persona física para uso privado y exclusivamente personal...”²⁰⁴⁰; d) “...para uso privado de una persona física...”²⁰⁴¹; y la definitiva “...por una persona física para uso privado...” (además, otras fórmulas adicionales propuestas en el marco del Proyecto de Recomendación fueron: “...por una persona física para su uso privado en el seno del círculo familiar...” (la más acertada a mi juicio)²⁰⁴²; “...por una persona física para uso individual o estrictamente familiar, o incluso por personas jurídicas para su uso estrictamente interno...”²⁰⁴³; “...por una persona física, exclusivamente para su uso privado...”²⁰⁴⁴; y “...por una persona física, para su utilización en su residencia particular...”²⁰⁴⁵). Lo que parece deducirse claramente de la fórmula legal elegida finalmente por parte del Legislador Comunitario es que (excepto en lo que respecta a la exigencia de que la copia se haya realizado por una persona física) la redacción elegida es la de espectro más “amplio” (por no decir la más vaga o inconcreta) de las sugeridas por las distintas Enmiendas surgidas del Proyecto de Recomendación. Ello hace que también en este punto²⁰⁴⁶, el impulso armonizador de la DDASI resulte bastante limitado, puesto que existen países en el seno de la UE (la mayoría) que no permiten la realización de copias privadas en beneficio de terceros, otros que sí, y otros Estados miembros (como por ejemplo España) en que la Ley resulta tan indefinida al respecto que se pueden perfectamente defender ambas posturas²⁰⁴⁷. Además, la DDASI otorga la suficiente autonomía a los Estados miembros como para decidir si estos desean que el uso privado

²⁰⁴⁰ Ídem. Pág. 60. Enmienda nº 86. Presentada por STEFANO ZAPPALÀ, que en su justificación defiende que “La excepción debería por tanto mantenerse en los límites que se intenta darle: permitir a un particular efectuar copias para su uso, pero no para el uso de un número ilimitado de usuarios desconocidos”. Además en las Enmiendas nº 36 y 37 del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 1999, y en la Propuesta Modificada de la DDASI de 21 de mayo de 1999.

²⁰⁴¹ Posición común (CE) nº 48/2000, de 28 de septiembre de 2000, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000AG0048:ES:NOT>. (Consultado por última vez el 29 de junio de 2013).

²⁰⁴² Proyecto de Recomendación para la Segunda lectura de 17 de enero de 2001, (PE 298.368/AM 5-197). Pág. 58. Enmienda nº 82. Presentada por MANUEL MEDINA ORTEGA.

²⁰⁴³ Ídem. Pág. 61. Enmienda nº 87. Presentada por JEAN-MAURICE DEHOUSSE.

²⁰⁴⁴ Ídem. Pág. 62. Enmienda nº 89. Presentada por WILLY C.E.H. DE CLERCQ, MIET SMET, y COLETTE FLESCHE; Pág. 65. Enmienda nº 94. Presentada por TOINE MANDERS y BERT DOORN.

²⁰⁴⁵ Ídem. Pág. 64. Enmienda nº 92. Presentada por MALCOLM HARBOUR, THE LORD INGLEWOOD y THERESA VILLIERS

²⁰⁴⁶ Como en la posibilidad de adopción de limitaciones “a la carta” por parte de los Estados miembros. HUGENHOLTZ, BERNT, «Fierce Creatures Copyright Exemptions Towards Extinction» *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, IFLA/IMPRIMATUR, Conference, Amsterdam, 1997.

²⁰⁴⁷ Ver. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 227.

abarque estrictamente el ámbito de uso personal, el ámbito de uso estrictamente familiar o doméstico, o vaya incluso aún más lejos. En este sentido, apunta CARBAJO GASCÓN que la redacción final del artículo 5.2 b) de la DDASI “*viene a sugerir que existe una diferencia entre uso privado exclusivamente personal y uso privado en sentido lato, abriendo la posibilidad a un uso doméstico y a un uso de amistad de la copia autorizada, esto es a un uso compartido de dicha copia por familiares amigos y conocidos del usuario autorizado*” ²⁰⁴⁸. En derecho comparado, la gran mayoría de los Estados miembros de la UE que reconocen el límite, han optado por utilizar la fórmula “*uso privado*”, con la excepción de Italia, cuya Ley sobre Derecho de Autor utiliza en la enunciación legal del límite las fórmulas “*uso personal*” cuando el objeto de derecho es la copia reprográfica, y “*uso exclusivamente personal*” cuando regula las copias privadas de fonogramas y videogramas ²⁰⁴⁹. Existen otros países, como por ejemplo Suiza, que definen lo que sea el uso privado en sus legislaciones, aunque realizan una interpretación bastante extensiva del concepto ²⁰⁵⁰. Todo lo anteriormente dicho nos ayuda a delimitar las disyuntivas ante las que nos enfrentamos en el análisis de este elemento ²⁰⁵¹. Estas son:

a) ¿Copia personal o privada?;

²⁰⁴⁸ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 59. Nota a pie de página nº 36.

²⁰⁴⁹ Ver. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 171, y este mismo trabajo en cuanto a la regulación del límite en los Estados miembros en general (Págs. 600 y ss.), y de Italia en particular (Págs. 627 y ss.):

²⁰⁵⁰ El artículo 19 de la Ley de Derecho de Autor Suiza señala que:

“*Las obras publicadas pueden ser utilizadas para propósitos privados. Uso privado significará:*

- a. *Cualquier uso de una obra en la esfera personal o entre un círculo de personas conectadas de manera cercana entre ellas, tales como relaciones o amistades;*
- b. *Cualquier uso de una obra por parte de un profesor con el objeto de enseñar en su clase;*
- c. *La reproducción de copias de una obra realizada en empresas, administraciones públicas, institutos, comisiones y cuerpos similares para la información o documentación interna”*

“*Published works may be used for private purposes. Private use shall mean:*

- a. *any use of a work in the personal sphere or within a circle of persons closely connected with each other, such as relations or friends;*
- b. *any use of the work made by a teacher for teaching in his class;*
- c. *the reproduction of copies of a work in enterprises, public administrations, institutes, commissions, and similar bodies for internal information or documentation”*.

(Traducción del autor desde la traducción al inglés de PAVEL, ASHLEY M., *Reforming the Reproduction Right: The Case for Personal Use Copies*, 24 Berkeley Technology Law Journal, Vol. 24. 2009. Pág. 1642).

²⁰⁵¹ No incluiremos ni la disyuntiva persona física/jurídica; puesto que ya hemos analizado este punto más arriba; así como el punto de la copia realizada por persona o establecimiento distinto a la que termina usando y disfrutando la obra.

b) De ser privada ²⁰⁵² :

b.1. ¿Se encuentra relegada al ámbito familiar? ¿Al doméstico? ¿Se extiende a las relaciones de amistad? ¿Y a las de relaciones sociales no estrictamente de amistad (conocidos)?

b.2. ¿Influye o no para determinar la extensión del ámbito privado del usuario/persona física/copista el que las otras personas físicas que pudieran encontrarse en su ámbito privado pudieran ser o no clientes potenciales del titular de derechos en cuanto a los derechos de explotación sobre la obra? Es decir, ¿Se puede sostener razonablemente que el titular de derechos de explotación sufre potencialmente de una pérdida en sus ingresos debido a la extensión del ámbito privado fuera del núcleo familiar o doméstico?

b.3. ¿Es o no el domicilio considerado como lugar físico, fundamental para la conceptualización efectiva del elemento “privado”? Es decir, ¿Se pueden realizar usos privados fuera del domicilio?

Volviendo a nuestro análisis histórico del elemento, que nos servirá además para contestar a la primera pregunta que nos planteábamos (¿copia personal o privada?), y aunque, como hemos visto, el artículo 31.2 de la LPI requiere que la reproducción en sí haya sido realizada por una persona física, la LPI también contempla la utilización que esta persona física realice de la copia con posterioridad a su realización. Entonces existen cuatro esferas fundamentales en las que el usuario podría usar o disfrutar una obra. De mayor a menor nivel de intimidad: (a) La esfera personal, del individuo en sí mismo considerado; (b) la esfera privada, entendida como el ámbito familiar o estrictamente doméstico; (c) una esfera semiprivada, que incluiría a los sujetos de las relaciones personales en que el usuario interactúa con otras personas físicas fuera de la esfera estrictamente doméstica (el ámbito “semi-privado”, que es el que LÓPEZ MAZA denomina como “*círculo “cuasi-familiar” del individuo*” ²⁰⁵³); y finalmente (d) la esfera pública, que es donde se desarrollan derechos de explotación como el de distribución y el de comunicación o puesta a

²⁰⁵² Realizo estas preguntas previas circunscribiéndome al (acertadísimo) test desarrollado por KARAPAPA para determinar si un uso es o no privado, y del que hablaremos más abajo.

²⁰⁵³ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 190.

disposición. Los actos de uso y disfrute realizados en el ámbito de la esfera semiprivada son los más difíciles de conceptualizar, ya que legalmente tal esfera semiprivada no existe, debiendo cada acto inscribirse en la esfera privada o pública a efectos de definir su licitud o ilicitud.

Volviendo a nuestro análisis legislativo-histórico del elemento del “*uso privado*”, y circunscribiéndonos ya estrictamente a nuestro país, DELGADO PORRAS nos explica que, en la misma génesis de la introducción del límite de copia privada en España (que como sabemos tuvo lugar en la LPI de 1987), y más concretamente en el Proyecto de Ley desarrollado por el gobierno en el año 1986, su artículo 31.2 hablaba de “*uso personal del copista*”. La sustitución de la expresión “*uso personal*” por la ya conocida “*uso privado*” fue motivada por dos enmiendas: una del Grupo Parlamentario de Coalición Popular y otra del Grupo Socialista ²⁰⁵⁴. Las razones que se adujeron para tal sustitución consistieron por un lado en una supuesta “*mejora técnica*”, y por el otro que “*es más adecuada la expresión “para uso privado”, sin restringirlo al uso de una persona como sujeto físico, garantizando la inexistencia de finalidad lucrativa*” ²⁰⁵⁵. Según este mismo autor “*En la doctrina se distingue el “uso personal” del “uso privado”, puesto que:*

“Uso personal” es el que únicamente aprovechaba a la persona del utilizador, en nuestro caso, del copista. Desde una posición muy estricta se considera que la persona del copista no puede ser otra que una persona natural. Una postura más laxa entiende que la palabra persona comprende tanto la persona natural como la jurídica (moral) y que, cuando se trate de copias efectuadas por esta segunda clase de personas, cabría calificar como de uso personal las que se realicen por decisión de los órganos de la entidad (ya sean estos unipersonales o colegiados), Y para utilización de los mismo (v. gr. Los socios constituidos en asamblea y los administradores) ²⁰⁵⁶ [...] La noción de uso privado, por contraposición a uso público, es el que sólo reporta un goce o aprovechamiento de la copia dentro del círculo de la privacidad del que lleva a efecto la reproducción” ²⁰⁵⁷.

²⁰⁵⁴ BOCG, nº 94 (c), de 7-IX-1989, enmiendas 91 y 153; y BOCG, nº 94 (d) y nº 94 (c), de 7-IX-1989, enmienda nº 112. Referenciados por DELGADO PORRAS, ANTONIO, «La copia privada en España», *RIDA*, núm. 145, julio 1990. Pág. 42.

²⁰⁵⁵ Ídem.

²⁰⁵⁶ En ningún caso los socios o empleados.

²⁰⁵⁷ Ídem. Pág. 43.

Por otra parte, y tal y como nos recuerda ESTEVE ²⁰⁵⁸, el artículo 25 de la LPI de 1987 establecía el derecho de remuneración por copia privada de la manera siguiente: *“Tendrán derecho a participar en una remuneración compensatoria por las reproducciones de tales obras, Efectuadas exclusivamente para uso personal por medio de aparatos técnicos no tipográficos”*; lo cual resultaba incongruente en términos sistemáticos con el texto del artículo 31.2 de la LPI que, como ya hemos visto, utilizaba ya entonces la fórmula *“uso privado”*. Tras la reforma operada por la Ley 20/1992 de 7 de julio, de modificación de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual, el renovado artículo 25.1 de la LPI establecía tal compensación para los autores y sus asimilados legales por cuenta de *“la reproducción realizada exclusivamente para uso privado”*, con lo que la mención al uso personal desaparecía ²⁰⁵⁹. La última reforma es la practicada por la ley 23/2006, que añade a la fórmula *“para uso privado”* empleada en la DDASI el adjetivo posesivo *“su”*, mediante el cual se debería haber excluido en la práctica el uso y disfrute por parte de un usuario de copias privadas que no hubieran sido realizadas por él mismo. No obstante, GONZÁLEZ DE ALAIZA nos explica que aún quedaban ciertas dudas respecto a si podría existir legalmente el uso privado en el ámbito de una persona jurídica; es decir, que si la voluntad del legislador al sustituir *“uso personal”* por *“uso privado”* habría sido ampliar la posibilidad de realizar copias privadas a las personas jurídicas ²⁰⁶⁰. En este sentido, LÓPEZ MAZA afirmaba que *“El estudio del uso privado nos lleva a considerar tres tipos de usos para ver si caen o no dentro del límite de copia privada: el uso familiar y de amistad, los usos profesionales y académicos, y los usos internos en personas jurídicas”* ²⁰⁶¹ (el uso académico se regula en el artículo 32 de la LPI ²⁰⁶², y no realizaremos sobre

²⁰⁵⁸ ESTEVE PARDO, MARÍA ASUNCIÓN, *El canon por copia privada*, Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual, Enero 2007.

²⁰⁵⁹ Aunque, ciertamente, no faltan aún autores fuera de nuestras fronteras que se refieren a “copias para uso personal” V. TORRES, MÓNICA, «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización», X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales. Madrid. 2000.

²⁰⁶⁰ Tal y como hemos señalado más arriba, explicaba DELGADO PORRAS.

²⁰⁶¹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pag. 190.

²⁰⁶² Artículo 32 de la LPI: *“Cita e ilustración de la enseñanza*

1. Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.

él un análisis exhaustivo en este trabajo ²⁰⁶³). En lo que respecta a si se puede predicar el “uso privado” en el ámbito de las personas jurídicas, para GONZÁLEZ DE ALAIZA, la introducción

2. No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.

No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo”.

²⁰⁶³ Haría falta otra tesis como esta para analizar con la profundidad requerida este tema. Simplemente quiero destacar que el AMLPI 2013, realiza en su artículo 4º una reforma del artículo 32, modificando el apartado 2 del artículo 32 y añadiendo unos nuevos apartados 3, 4 y 5 con la siguiente redacción:

“2. El profesorado de la educación reglada no necesitará autorización del autor para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras y de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, cuando se cumplan simultáneamente las siguientes condiciones:

- a) Que tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas, tanto en el centro educativo como fuera del mismo, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida.*
- b) Que se trate de obras ya divulgadas.*
- c) Que las obras no tengan la condición de libro de texto, salvo que se trate de los libros de texto adoptados para utilizarse en el desarrollo de las enseñanzas en el centro.*
- d) Que las obras no tengan la condición de manual universitario o publicación asimilada a éste, en cuyo caso será de aplicación el apartado 3.*
- e) Que se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible.*

Los autores no tendrán derecho a remuneración alguna por la realización de estos actos.

3. Tampoco necesitarán la autorización del autor los actos de reproducción parciales, de distribución y de comunicación pública de manuales universitarios o publicaciones asimiladas a éstos, cuando concurren simultáneamente las siguientes condiciones:

- a) Que tales actos se lleven a cabo únicamente para la ilustración con fines educativos y de investigación científica.*
- b) Que los actos se limiten a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, resultando indiferente a estos efectos que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción.*
- c) Que los actos se realicen en los centros docentes universitarios por su personal y con sus medios propios.*
- d) Que concorra, al menos, una de las siguientes condiciones:*

1º. Que la distribución de las copias parciales se efectúe exclusivamente entre los alumnos y personal docente del mismo centro en el que se efectúa la reproducción.

2º. Que sólo los alumnos y personal docente del centro en el que se efectúa la reproducción parcial de la obra puedan tener acceso a la misma a través de los actos de comunicación pública autorizados en el presente apartado, llevándose a cabo la puesta a disposición a través de las redes internas y cerradas a las que únicamente puedan acceder esos beneficiarios o en el marco de un programa de educación a distancia ofertado por dicho centro docente.

Los autores de las obras reproducidas parcialmente, distribuidas y comunicadas públicamente tendrán un derecho irrenunciable a percibir de los entidades usuarias una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las Entidades de gestión.

4. No se entenderán comprendidas en los apartados 2 y 3 las partituras musicales ni las compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras, o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.

5. A los efectos del presente artículo se entenderán asimiladas a los manuales universitarios las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico siempre y cuando estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima semestral”.

El Proyecto de Ley lleva a cabo la siguiente (y polémica, especialmente en lo referido a la “Tasa GOOGLE) redacción que simplemente consignaremos aquí:

«Artículo 32. Citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica.»

«2. La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos.

3. El profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y el personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica, no necesitarán autorización del autor o editor para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras y de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, cuando, no concurriendo una finalidad comercial, se cumplan simultáneamente las siguientes condiciones:

a) Que tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia, o con fines de investigación científica, y en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida.

b) Que se trate de obras ya divulgadas.

c) Que las obras no tengan la condición de libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, salvo que se trate de:

1.º Actos de reproducción para la comunicación pública, incluyendo el propio acto de comunicación pública, que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los destinatarios a la obra o fragmento. En estos casos deberá incluirse expresamente una localización desde la que los alumnos puedan acceder legalmente a la obra protegida.

2.º Actos de distribución de copias exclusivamente entre el personal investigador colaborador de cada proyecto específico de investigación y en la medida necesaria para este proyecto.

A estos efectos, se entenderá por libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, cualquier publicación, impresa o susceptible de serlo, editada con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o el alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje.

d) Que se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible.

A estos efectos, se entenderá por pequeño fragmento de una obra, un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la misma.

Los autores y editores no tendrán derecho a remuneración alguna por la realización de estos actos.

4. Tampoco necesitarán la autorización del autor o editor los actos de reproducción parciales, de distribución y de comunicación pública de obras o publicaciones, impresas o susceptibles de serlo, cuando concurren simultáneamente las siguientes condiciones:

a) Que tales actos se lleven a cabo únicamente para la ilustración con fines educativos y de investigación científica.

b) Que los actos se limiten a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, resultando indiferente a estos efectos que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción.

c) Que los actos se realicen en las universidades o centros públicos de investigación, por su personal y con sus medios e instrumentos propios.

d) Que concurra, al menos, una de las siguientes condiciones:

1.º Que la distribución de las copias parciales se efectúe exclusivamente entre los alumnos y personal docente o investigador del mismo centro en el que se efectúa la reproducción.

de la fórmula “*persona física*” por la Ley 23/2006, venía a terminar con tal polémica; aunque como explicamos en su momento esto no era exactamente así en el plano real, ya que el canon digital se seguía repercutiendo en personas jurídicas y personas físicas que adquirirían aparatos y especialmente soportes para usos profesionales. Nos remitimos en este punto a nuestro análisis sobre los elementos “*persona física*”, y “*compensación equitativa*” ²⁰⁶⁴; aunque no está de más recordar que la reforma del artículo 31.2 realizada tanto por el AMLPI 2013 como por el Proyecto de Ley no sólo excluye de manera explícita, aunque “*a contrario sensu*”, a las personas jurídicas del ámbito de aplicación del límite, sino que, en lo referente a las personas físicas, subraya que el ámbito de aplicación del límite será única y estrictamente el privado de las personas físicas, y en lo que respecta a su vida personal. Esto es porque la nueva redacción del artículo 31.2, en su punto a), exige de la copia privada “*que se lleve a cabo por una persona física para su uso privado, no profesional ni empresarial*” ²⁰⁶⁵. Lo importante aquí es señalar que el límite de copia privada (como su propio nombre indica) permite el uso y disfrute en el ámbito “*privado*”, y no en el “*personal*” del usuario/persona física/copista.

2.º Que sólo los alumnos y el personal docente o investigador del centro en el que se efectúe la reproducción parcial de la obra puedan tener acceso a la misma a través de los actos de comunicación pública autorizados en el presente apartado, llevándose a cabo la puesta a disposición a través de las redes internas y cerradas a las que únicamente puedan acceder esos beneficiarios o en el marco de un programa de educación a distancia ofertado por dicho centro docente.

En defecto de previo acuerdo específico al respecto entre el titular del derecho de propiedad intelectual y el centro universitario u organismo de investigación, y salvo que dicho centro u organismo sea titular de los correspondientes derechos de propiedad intelectual sobre las obras reproducidas, distribuidas y comunicadas públicamente de forma parcial según el apartado b), los autores y editores de éstas tendrán un derecho irrenunciable a percibir de los centros usuarios una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión.

5. No se entenderán comprendidas en los apartados 3 y 4 las partituras musicales, las obras de un solo uso ni las compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras, o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.»

Además, si el lector está interesado en este tema, un buen punto de partida sería LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Págs. 195-200.

²⁰⁶⁴ Ver páginas 839 y 779 de este mismo trabajo.

²⁰⁶⁵ En lo referente a la realización de copias privadas al amparo del límite por parte de los abogados. Es de reseñar que el artículo 13 de la LPI señala que “*No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores*”. En lo referente a los artículos doctrinales; es sólo justo que los autores de dichas obras ejerciten sus derechos de explotación como cualquier otro autor; esto es, que se les pague por su trabajo. Además, mi experiencia profesional tanto en el ámbito del ejercicio del derecho, como en el ámbito académico en los EE.UU. me ha enseñado que cuando a los autores se les remunera y cuando existe un régimen real de protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual, tal y como sucede en el ámbito de las obras de creación, surgen modelos de negocio que desarrollan herramientas extremadamente útiles para el profesional del derecho, como por ejemplo las bases online de datos LEXIS-NEXIS, y WESTLAW, que no serían posibles en un régimen de comuna, como el que pretenden algunos.

Ya hemos señalado que el carácter de norma excepcional del límite de copia privada al derecho de reproducción de los autores implica que el artículo 31.2 de la LPI no debe interpretarse de manera extensiva, y así lo dispone el artículo 4.2 del CC ²⁰⁶⁶. También así parece entenderlo MARTÍN-PRAT, cuando se le preguntaba qué debemos entender exactamente por “uso privado”, especialmente si aplicamos tal concepto a la vida real y diaria de los usuarios:

“...No hay una clara definición de lo que hablamos cuando hablamos de uso privado. ¿Es uso privado, la copia que yo hago para mí del CD que yo tengo porque también quiero escucharlo en el coche? Eso todo el mundo supongo que estaría de acuerdo en que es uso privado. ¿Es un uso privado la copia del último cd que me compré para regalárselo a Raquel ²⁰⁶⁷? Yo diría que eso no es un uso privado, sobre todo si Raquel no es de mi familia” ²⁰⁶⁸.

Aquí cabe distinguir entre el préstamo de un original (o incluso de una copia) entre particulares, que se encuentra legalmente permitido entre el usuario y sus amigos y conocidos en mayor o menor grado, y la realización por el usuario de una copia privada para regalársela a un amigo o conocido. Como señala SANCHEZ ARISTI, el préstamo entre particulares parece que se excluye “*a contrario sensu*” del derecho de distribución del autor o asimilado legal, a efectos del artículo 19.4 de la LPI ²⁰⁶⁹. Sin embargo, y aunque debido a la inconcreción legislativa de la fórmula “*acceso*

²⁰⁶⁶ Artículo 4.2 del CC: “*Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”.

²⁰⁶⁷ RAQUEL XALABARDER; uno de los ponentes en la mesa redonda.

²⁰⁶⁸ MALMIERCA, MARTA; MARTÍN-PRAT, MARÍA; RAMÍREZ, JAVIER; XALABARDER RAQUEL *Mesa redonda La copia privada digital*. IDP, Revista de Internet Derecho y Política, nº 1, pp. 33-35., 2005. Pág. 40.

²⁰⁶⁹ SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 12. Aunque SANCHEZ ARISTI escribió su artículo en el año 2003, en que estaba vigente la siguiente redacción del artículo 19.4 de la LPI según el texto original del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia: “4. *Se entiende por préstamo la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público.*

Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento.

Quedan excluidas del concepto de préstamo las operaciones mencionadas en el párrafo segundo del anterior apartado 3 y las que se efectúen entre establecimientos accesibles al público”.”; y aunque esta redacción ha sido modificada por el apartado uno de la disposición final primera de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas («B.O.E.» 23 junio); no se modifica la exclusión del préstamo entre particulares: “4. *Se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público.*

legal”, estudiada en el punto anterior (recordemos que no se hace mención al subelemento de la “*legalidad de la fuente*”) resulta defendible que el prestatario de una copia estuviere legalmente habilitado para realizar una copia de la copia prestada bajo el amparo del límite de copia privada. De llevarse a cabo la reforma realizada por el AMLPI 2013, que incluye la descripción legal sobre su significado, y la restricción sustancial de las situaciones que constituyen “*acceso legal*”, el prestatario no se encontraría en ningún caso habilitado para realizar su propia reproducción de la copia prestada, debiendo devolverla necesariamente (nos hallamos en territorio del artículo 19 de la LPI; esto es, del derecho de distribución, que como sabemos implica fijación de la obra en un soporte físico) al prestamista sin haber realizado una reproducción para sí, puesto que si la realiza esta copia debería ser ilícita. Muchos pensarán que prohibir la realización de una copia en esta situación es ir demasiado lejos, porque la realización de una copia en estas circunstancias quizá no resulte de demasiada relevancia en cuanto al acto en sí individualmente considerado, ni comporte un perjuicio excesivo al titular de derechos sobre la obra. Sin embargo, la agregación de tales actos de estar cubiertos por el límite de copia privada, sí que resulta relevante al calcular la compensación equitativa, en cuanto la potencial realización de tales actos a escala comercial o incluso sin existir ánimo real de lucro (pensemos en un club en que los miembros se intercambien obras con el objeto de realizar reproducciones de ellas; ahora pensemos en el mismo club en línea, y tendremos una red P2P). Y, lo más importante (insistimos): nadie puede transmitir derechos de los que él mismo no dispone.

Otro punto en el que MARTÍN-PRAT (bajo mi humilde punto de vista) parece tener toda la razón es en que existe una tremenda disparidad de criterios sobre lo que sea o se deba entender por “*uso privado*”. La inclusión por la Ley 23/2006 del pronombre posesivo “*su*” en la formulación legal del artículo 31.2 De la LPI sobre el elemento del “*uso privado*” (“*por una persona física para su uso privado*”), parece que excluiría del ámbito de aplicación del límite las copias realizadas para terceros, lo cual permitiría clarificar en parte el alcance real del ámbito “*cuasi-privado*” (como lo denominaba LÓPEZ MAZA). Se descartaría así la realización de copias privadas para todas las personas físicas que no pertenecieran estrictamente al ámbito estrictamente privado o doméstico

Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. Esta cantidad no podrá incluir total o parcialmente el importe del derecho de remuneración que deba satisfacerse a los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme a lo dispuesto por el apartado segundo del artículo 37”.

del copista, quedando así fuera los meros conocidos, tanto en el mundo real como en el virtual ²⁰⁷⁰. La duda se encontraría ahora en el grado de amistad necesario para que a una persona física se pueda localizar a efectos legales como incluso en el círculo privado del copista. Sin embargo, este no es el único factor a considerar a la hora de determinar si un determinado uso ha de ser considerado como privado o no a efectos legales en relación al límite de copia privada. KARAPAPA nos propone un test a través del cual se podría determinar caso por caso si un acto de uso o disfrute determinado ha de ser considerado como “*uso privado*” o no a efectos legales. Este test consistiría en tomar un acto de uso o disfrute determinado, y en someterlo al siguiente escrutinio:

- “1. *¿Tienen el copista y la audiencia una relación personal especial?*
2. *¿Considera el titular de derechos a esta audiencia como parte de su público en relación a la explotación de sus obras?*
3. *¿Es el lugar donde se realiza el uso un lugar privado a efectos de la protección por el Derecho de Autor?”* ²⁰⁷¹.

Justifica su autora la construcción en tres pasos de su test (no confundir con la regla de los tres pasos del artículo 40bis de la LPI) porque “*Los tribunales han examinado el carácter privado de un uso a través de una serie de condiciones cualitativas. Por ejemplo, han considerado que un uso es privado cuando éste fue realizado por la familia y amigos del copista. O, han fallado que un uso es privado cuando tal uso no reduce el monopolio del titular de derechos [sobre la obra] en términos en los que el titular de derechos no esperaría que este círculo de personas comprará copias extra de su obra [...] Aún más, Los tribunales dibujan una línea distintiva entre los usos privados realizados en lugares públicos y los usos públicos realizados en dependencias privadas [...] la localización de la audiencia es un criterio relevante a la hora de determinar el carácter*

²⁰⁷⁰ GARROTE incide en la idea de que el ámbito privado del copista “*no incluye, sin embargo, a los meros conocidos, o a las personas a las que se trata ocasionalmente*”. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 16.

²⁰⁷¹ “1. *Do the copier and the audience have a special personal relationship?*

2. *Does the rightholder consider this audience to be part of their public as regards to the exploitation of their works [sic]?*

3. *Is the place where the use is made a private place for purposes of copyright protection?”*. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 65. (Traducción del autor)

privado de un uso”²⁰⁷². Estando de acuerdo con su autora, y apreciando pues la brillantez del que llamaré a partir de ahora “*Test Karapapa*” (en honor a su creadora), me parece entonces una buena y práctica idea a efectos de realizar mi propio análisis tomar prestado del test su estructura trina. Así, creo que se debería considerar a estos efectos:

- a) La “*relación personal especial*” que la audiencia ha de tener con la persona física que realiza la reproducción.

La primera tarea que deberíamos de realizar para delimitar exactamente qué personas no necesitan autorización del titular de derechos para usar o disfrutar la obra reproducida por el copista bajo el amparo del límite de copia privada, es analizar la relación personal de éste con los potenciales usuarios incidentales de “su” copia privada, y así podremos delimitar más exactamente lo que sea el “*ámbito privado*” de cuya pertenencia se deriva el uso o disfrute lícito de acuerdo con el límite sobre la reproducción realizada por la persona física/copista. El Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión Europea de 2004 señalaba que el ámbito privado comprendía “*el inmediato círculo familiar, y las más cercanas relaciones sociales*”²⁰⁷³. KARAPAPA subraya el carácter doblemente restrictivo de esta definición del ámbito privado, puesto que cualifica tanto a los miembros de la familia natural que han de conformar este (el inmediato círculo familiar de la persona física que realiza la copia, que iría hasta el segundo grado de parentesco), como las relaciones sociales que se pueden incluir en tal ámbito (solamente las más cercanas; es decir, los amigos íntimos con acceso habitual al domicilio del copista)²⁰⁷⁴. LÓPEZ MAZA entiende por su parte que “*Están cubiertas por el límite las copias realizadas por uno mismo para uso privado que luego se ceden gratuitamente a terceros dentro del ámbito familiar o de amistad. Lo que no se*

²⁰⁷² KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 64. “*Courts have examined the private character of a use through a series of qualitative conditions. For instance, they have considered a use to be private when made by the family and friends of the copier. Or, they have found a use to be private when such use does not whittle down the rightholder’s monopoly in terms that the rightholder would not expect this circle of people to buy extra copies of their work [...] What is more, courts draw a distinctive line between private uses made in public places and public uses realised in private premises [...] the location of the audience is a relevant criterion in determining the private character of a use*”. (Traducción del autor).

²⁰⁷³ Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión Europea de sobre la Revisión del Marco Legal de la Unión Europea en el campo del Derecho de Autor y Derechos Afines de 19 de julio de 2004. Pág. 15

²⁰⁷⁴ KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 65.

puede llegar es a un uso generalizado, que es el que no ampara la norma”²⁰⁷⁵ ; lo cual representa a mi juicio una delimitación peligrosa, puesto que ¿Dónde se dibuja la línea de separación dentro del ámbito de la amistad? Y, si no se dibuja ¿Cómo se impide un uso generalizado de la obra? DELGADO PORRAS apunta una concepción de “*ámbito privado*” más restrictiva y práctica a efectos legales: “*La noción de “uso privado”, por contraposición a uso público, es el que sólo reporta un goce o aprovechamiento de la copia dentro del círculo de la privacidad del que lleva a cabo la reproducción. [...] En consecuencia, a nuestros efectos, lo estrictamente doméstico será la familia del copista, entendida por sus parientes y demás personas que conviven de ordinario con él*”²⁰⁷⁶ . GARROTE por su parte identifica el uso privado con el que se realiza dentro lo que el derecho francés denomina como “*cercle de famille*”²⁰⁷⁷ ; círculo de familia que es variable en cuanto a las personas que la componen. Es decir, la permanencia dentro de este de una persona no es vitalicia, sino que depende de sus relaciones con el usuario en un momento determinado, con lo que hablaríamos así de un elemento o requisito no solamente subjetivo, sino también mutable. GÓNZALEZ DE ALAIZA incide en la idea de GARROTE, señalando a su vez que “*El ámbito doméstico no hace referencia al hogar, sino a las personas que pueden considerarse integradas o próximas a él (Ej., porque lo visitan asiduamente)*”²⁰⁷⁸ . Además entiende este autor que “*No es posible cuantificar el ámbito doméstico, es decir, cifrar el número de personas que lo componen. Por ejemplo, es imaginable que un acto frente a dos personas exceda del ámbito doméstico, al no tener estas ninguna relación familiar o de amistad entre ellas o con el organizador, mientras que un acto frente a un número mucho mayor de individuos puede continuar siendo privado*”²⁰⁷⁹ . Así, sin quererlo explica este autor la clave en cuanto a la concepción del ámbito doméstico: la relación personal entre el usuario y sus allegados, que si bien resulta difícil de cuantificar al tratarse de relaciones subjetivas, existen elementos objetivos que nos pueden ayudar a delinear sus fronteras (las relaciones de parentesco, o el hecho de que se conviva bajo un mismo techo).

²⁰⁷⁵ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 191.

²⁰⁷⁶ DELGADO PORRAS, ANTONIO, «La copia privada en España», *RIDA*, núm. 145, julio 1990. Pág. 43.

²⁰⁷⁷ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. GARROTE se refiere al artículo L 122-5 (1) del Código de la Propiedad Intelectual Francés, que restringe el uso de las copias privadas a “*Las representaciones privadas y gratuitas efectuadas exclusivamente en un círculo de familia*”. “*les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille*”. (Traducción del autor).

²⁰⁷⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 174-75.

²⁰⁷⁹ Ídem. Pág. 174.

Con respecto a la concepción de “*ámbito privado*” que apunta GONZÁLEZ DE ALAIZA, KARAPAPA nos explica que los Tribunales en los Estados Miembro de la UE parecen seguir el argumento del autor español, puesto que por ejemplo, un Tribunal francés falló que el al “*ámbito privado*” se extiende a un círculo restringido de personas que comparten un vínculo de amistad entre ellos ²⁰⁸⁰ ; mientras que un Tribunal de Bélgica decidió que un grupo de cuatro personas que trabajaban diariamente juntas en un espacio cerrado y separado al que solamente ellos podían acceder habrían desarrollado un vínculo íntimo a estos efectos, hasta el punto de encontrarse habilitados legalmente para realizar un “*uso privado*” de la copia privada realizada por uno de ellos ²⁰⁸¹ . KARAPAPA entiende, y yo estoy totalmente de acuerdo, en que lo importante para discernir lo que sea el “*ámbito privado*” es el grado de intimidad que ya resultaba fundamental para ARISTÓTELES ²⁰⁸² , y que este criterio de intimidad resultaría ser el más adecuado a la hora de definir efectivamente lo que sea el “*ámbito privado*” de una persona ²⁰⁸³ . Así, esta autora define los usos que aprobarían la primera parte o paso de su test: “*Los usos realizados en el interior o por parte de una audiencia se pueden calificar como privados cuando el copista comparte la copia o hace uso de sus contenidos con un grupo de individuos con los cuales se encuentra especialmente relacionado por vínculos familiares o sociales*” ²⁰⁸⁴ . La Abogado General del TJUE, la Sra. ELEANOR SHARPSTON, en sus conclusiones presentadas el 13 de julio de 2006 en el asunto

²⁰⁸⁰ Studio Canal + *et al v. S. Penguin and Union Federale des Consommateurs Que Choisir*, Tribunal de Apelaciones de París, 4 de abril de 2007, *Gazette du Palais*, n° 199, Pág. 93. Referenciado por KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 66.

²⁰⁸¹ Caso no publicado, pero referenciado por KARAPAPA en la misma obra, misma página que en el pie de página anterior.

²⁰⁸² Escribe EL FILÓSOFO: “¿Puede decirse que la amistad sea como el amor? ¿Y qué así como los amantes se complacen apasionadamente en ver el objeto amado y prefieren esta sensación a todas las demás, porque en ella, sobre todo, consiste y se produce el amor, de igual modo los amigos aspiran sobre todas las demás cosas a vivir juntos? La amistad es una asociación, y lo que uno es para sí mismo, lo es para su amigo. Ahora bien, lo que uno ama en sí mismo es sentir que se existe, y se complace en la misma idea respecto del amigo; pero este sentimiento no obra ni se realiza sino en la vida común, y he aquí por qué los amigos tienen tanta razón para desearla. La ocupación que constituye propiamente la vida, y en la cual se encuentran más encantos, es también aquella en la que quiere cada cual que participen sus amigos viviendo juntos. Y así, unos beben y comen juntos; otros juegan juntos; otros cazan juntos; otros se entregan juntos a los ejercicios de la gimnasia; otros se consagran juntos al estudio de la filosofía; en una palabra, todos pasan el tiempo haciendo juntos lo que más les encanta en la vida. Como quieren vivir siempre con amigos, buscan y distribuyen todas las ocupaciones de manera que puedan aumentar esta intimidad y esta vida común”. ARISTÓTELES, «Ética a Nicómaco». Trad. de PATRICIO DE AZCÁRATE, *Obras de Aristóteles*, Madrid 1873. Libro noveno, Capítulo XII.

²⁰⁸³ KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 66. “*Uses made within or by an audience qualify as private where the copier shares the copy or makes use of its contents with a group of individuals with whom they are specially related with familiar or social bonds*”. (Traducción del autor)

²⁰⁸⁴ Ídem. Pág. 68.

Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles, S.A., también hace referencia a que el círculo privado incluye familia y amigos ²⁰⁸⁵.

Así, todas aquellas personas que queden fuera de este ámbito de intimidad no serían en principio legalmente considerados como beneficiarios del uso y disfrute de una copia privada (aunque todo acto de comunicación no lucrativo que se realice en el domicilio de la persona física copista será lícito, aunque entre los miembros de la audiencia haya personas que el copista acabe de conocer), puesto que formarían legalmente parte del “público” ²⁰⁸⁶, y esto ocurriría incluso en situaciones en la que las personas se conocen entre sí, pero parte de la audiencia queda fuera de esta “relación especial” (pensemos en las bodas que tan mala reputación le han proporcionado a la SGAE por cuenta de la obligación legal que tiene de recaudar por derechos de comunicación de la música utilizada -algunos Tribunales le han dado la razón a este respecto ²⁰⁸⁷ -).

Trasladado todo lo anteriormente dicho al ámbito de la Red, defiende este trabajo ²⁰⁸⁸, que las reproducciones realizadas desde redes P2P no pueden ser más que ilícitas, por el propio funcionamiento técnico de las descargas, ya que el usuario realiza la reproducción desde varias fuentes o usuarios, con lo que resulta técnicamente improbable que todos ellos estén en una “relación especial” con él. KARAPAPA parece entender que en foros online donde sólo es necesario proporcionar una dirección de correo electrónico para convertirse en miembro no se pueden considerar ámbitos privados, puesto que no existe un proceso selectivo sobre los miembros

²⁰⁸⁵ Así, la Conclusión nº 54 se puede leer como sigue: “Por lo que respecta a la afirmación de Rafael y de Austria que quedaba pendiente de analizar, según la cual, si la comunicación es considerada «pública» aunque sea «sucesiva», la captación privada de transmisiones televisivas quedará incluida en la definición, resulta claramente de la Guía y del Glosario de la OMPI que (como indica el sentido común) no se produciría esa consecuencia. Según expone la Guía, «el autor piensa que su licencia para transmitir abarca únicamente la audiencia directa que recibe la señal dentro del círculo familiar». Esta interpretación se ve confirmada por la definición de «comunicación al público» contenida en el Glosario de la OMPI: «hacer una obra [perceptible], de cualquier manera idónea, para las personas en general, es decir, sin [restringirla] a determinados individuos pertenecientes a un grupo privado». Además, en la medida en que sea relevante que la entidad que provee el servicio obtenga un beneficio, permite, en las palabras del Abogado General La Pégola en sus conclusiones presentadas en el asunto EGEDA, «explicar de manera convincente por qué no es posible hablar de comunicación pública cuando el usuario directo del receptor de televisión hace accesible la obra protegida al círculo de sus familiares o amigos; en tales casos, en lugar de una utilización secundaria de la obra radiodifundida por parte de un tercero lo que tiene lugar es tan sólo la puesta en común de aparatos de recepción de la emisión primaria, sin que el interesado persiga fines lucrativos». Por último, el Convenio de Berna, el WCT y la Directiva pretenden proteger los derechos económicos de los autores. Es difícil entender cómo podrían estos derechos resultar perjudicados por la comunicación a círculos privados”.

²⁰⁸⁶ Concepto que analizaremos en el punto siguiente.

²⁰⁸⁷ Sentencia del Juzgado nº 1 de Alicante de 12 de marzo de 2006.

²⁰⁸⁸ Y de ahí que haya rebatido mil veces la afirmación de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado en el sentido de que el acto de descarga de una Red P2P está amparado por el límite de copia privada.

del foro por parte de los usuarios, mientras que de foros que ofrecen la posibilidad de clasificar a sus miembros en círculos de familia, amistad, etc., (como por ejemplo GOOGLE+) sí que se podría predicar el estatus de ámbito privado, y que “*sí los usuarios comparten contenidos solamente con sus relaciones [sociales] más cercanas podrían escapar a la responsabilidad por causa de la infracción [del Derecho de Autor]*”²⁰⁸⁹. Resulta claro que para que el usuario pueda discriminar con quien y con quien no desea compartir su copia privada es necesario el uso de medidas tecnológicas de seguridad que flanqueen el acceso de terceros al contenido, y que esta discriminación se realizaría por parte del usuario proporcionando una “llave” (por ejemplo, una contraseña) a sus relaciones personales más cercanas. Esta práctica, a mi modo de ver, dejaría fuera del ámbito privado a las copias fijadas en webs de almacenamiento tipo MEGAUPLOAD en que solamente resultaba necesario conocer el enlace para acceder al contenido almacenado allí (enlace convenientemente publicado y publicitado en las parasitarias webs de enlaces). Queda por dilucidar qué es lo que ocurre cuando se comparten obras entre los usuarios en redes sociales tipo FACEBOOK. KARAPAPA entiende que dado que en estas redes sociales el usuario puede elegir el nivel de privacidad que desea implantar en su cuenta, y por tanto quien tiene acceso a sus “posts”. Habría entonces que mirar si la cuenta se halla abierta a todo el mundo (en cuyo caso no podríamos hablar en propiedad de “*ámbito privado*”), o se encuentra restringida a unos cuantos conocidos del usuario (en cuyo caso quizá sí se podría hacer)²⁰⁹⁰. Resulta bastante improbable que se pueda considerar que los todos los miembros de una cuenta tipo de FACEBOOK con sus opciones de privacidad fijadas como “privadas” (quizá alrededor de cien personas como media) mantienen una “*relación especial*” entre ellos. Esto no quiere decir que piense que cuando un usuario cuelga un video musical de YOUTUBE en su cuenta FACEBOOK esté realizando una acción antijurídica, simplemente pienso que ese acto no se puede encuadrar entre los permitidos por el límite de copia privada. La solución a este problema habrá devenir de una redefinición del Derecho de Autor en otros frentes; por ejemplo, abriendo un debate sobre el autorización tácita por parte de los titulares de derechos en ciertas situaciones²⁰⁹¹. De momento, es bastante raro que

²⁰⁸⁹ KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 66. “*If users share content with their closest acquaintances only, they may escape infringing liability*”. (Traducción del autor).

²⁰⁹⁰ Ídem. Pág. 75.

²⁰⁹¹ Como se he señalado anteriormente, no es cierto que las normas sobre Derecho de Autor estén talladas sobre piedra de manera similar al Decálogo. Hay muchas mejoras que hacer con el objeto de adaptarlo a las profundas transformaciones que ha traído la era digital. Es mi opinión que la propiedad intelectual se tiene que acercar a la propiedad industrial en cuanto a sus formalidades. Debería existir un registro online de obras, y la protección del Derecho de Autor debería depender de la renovación periódica del asiento a registrar por parte de los titulares de

el usuario medio de FACEBOOK cargue o suba directamente un fonograma o una obra audiovisual (sí a veces una obra fotográfica) en su “muro”, siendo lo más habitual que pegue un enlace a YOUTUBE para comunicar este tipo de obras, que el propio software de FACEBOOK se encarga de reproducir en el “muro” del usuario. Esta es una práctica que no sólo realizan diariamente los usuarios de las redes sociales, sino que resulta habitual además que se efectúe asimismo en periódicos “online” ²⁰⁹². En este caso para YOUTUBE rigen las normas sobre “puerto seguro” ²⁰⁹³ de la LSSI, y para los usuarios y medios de comunicación que utilizan esos videos (que no olvidemos, se encuentran en YOUTUBE porque los titulares de derechos sobre ellos no han exigido su retirada ²⁰⁹⁴) sí que sería de aplicación el derecho a la libertad de expresión e información del artículo 20 de la CE, puesto que lo que los usuarios realizan en estas redes es hacer uso de estas libertades. Aunque estas nobilísimas libertades se hayan alegado una y mil veces para justificar modelos de negocio completamente antijurídicos e inmorales basados en la piratería, en el aprovechamiento injusto del genio ajeno, y en la competencia desleal; como por ejemplo, las redes de enlaces. No obstante, estoy convencido de que la tecnología vendrá eventualmente a solucionar también este problema, y los titulares de derechos que no deseen que sus obras se comuniquen nada más que en un sitio web determinado serán capaces de cumplir sus deseos de manera efectiva, ya mediante un bloqueo del sistema de copia de los enlaces en los ordenadores personales que no deseen que sean copiados, ya por otro método. Es este método técnico lo que resulta difícil de aventurar, porque el fondo del asunto, la certeza de que el “código” termine solucionando el problema, no lo es en absoluto.

derechos, como ocurre en el Derecho de Marcas. Así nos aseguraríamos de que los titulares de derechos cuyas obras son susceptibles de proporcionarles un rendimiento prolongado en el tiempo pudieran recoger sus frutos (ya que evidentemente se preocuparían por efectuar la renovación de su asiento registral en tiempo adecuado); mientras que en las obras de las que sus autores ya no sacan beneficio alguno estarían disponibles para todos, y su retorno al acervo cultural común no se encontraría lastrado por una protección legal que no depara al genio creativo detrás de la obra fruto alguno. El debate que se abrirá próximamente por la proyectada reforma de la Ley sobre Copyright en los EE.UU. probablemente señalará el camino para todos.

²⁰⁹² Por ejemplo, el fabuloso blog musical de DIEGO A. MANRIQUE “Planeta Manrique” en el periódico online ELPAIS.COM lo hace constantemente (ver a título de ejemplo la entrada sobre IKE y TINA TURNER disponible en <http://blogs.elpais.com/planeta-manrique/2013/06/esa-gente-feroz-ike-and-tina-turner.html>). (Consultado por última vez el 1 de julio de 2013).

²⁰⁹³ O “*refugio seguro*”, como lo traducen algunos.

²⁰⁹⁴ Artistas como Prince se han caracterizado por ser especialmente beligerantes con la subida de sus obras a YOUTUBE. Piensa este artista (y no le falta razón), que resulta bastante improbable que YOUTUBE no pueda bloquear técnicamente a los usuarios que intenten “colgar” su obra, cuando sí que puede bloquear otro tipo de videos (por ejemplo, los que contengan sexo más o menos explícito).

De vuelta al año 2014, no puedo menos que insistir de manera vehemente en qué quien se encuentra en la actualidad en mejores condiciones de permitir al propio usuario (mediante la autorización de los titulares de derechos) que determine por sí mismo quienes son sus “*relaciones personales especiales*” es el mercado. Las tiendas online tipo iTunes permiten técnica y legítimamente al usuario compartir su biblioteca (sin cables) con todos los que convivan en su domicilio. Además, se ofrece al usuario la posibilidad de sincronizar su biblioteca con varios equipos, con lo que incluso fuera del ámbito doméstico entendido como lugar físico, este podrá decidir si comparte sus fonogramas o videogramas con su novia, o con un determinado amigo íntimo. Además, las bibliotecas en la nube también se pueden compartir, y el usuario sólo tiene que proporcionar a su “*relación especial*” la contraseña requerida. Es de nuevo el mercado (y no el Estado) el más capacitado para modificar sus normas conforme a las necesidades de los usuarios de manera efectiva, especialmente en el ámbito digital, sin perderse en disquisiciones sobre quién o quiénes son legalmente los afortunados que mantienen una relación especial con usuario copista; relación que les permita usar o disfrutar las obras adquiridas por este. Esta es la tendencia, y es por ello, como he explicado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, que estoy convencido de que el límite de copia privada como imposición legal eventualmente desaparecerá (y que probablemente nadie lo echará demasiado de menos antes de lo que muchos se imaginan).

- b) La expectativa razonable del titular de derechos sobre qué parte de la audiencia potencial de una copia privada se podría convertir en “*su público*” a efectos de la explotación de sus obras.

Como hemos señalado más arriba, para determinar lo que sea un “*uso privado*” en relación al límite de copia privada no sólo hemos de fijarnos en el punto de vista del usuario/persona física/copista. También hay que atender a los intereses de los titulares de derechos sobre la obra de la que se realice una copia privada, así como a las expectativas que estos poseen sobre el alcance efectivo de la explotación de su obra. Después de todo, el derecho que se protege en la LPI es el suyo de reproducción. La copia privada, como ya sabemos, es meramente un límite a este derecho.

Así, KARAPAPA nos explica que el que ella denomina como el “*test del monopolio*” (“*monopoly test*”) se ha de tener en cuenta a la hora de calibrar si una reproducción goza del estatus de copia privada o no:

“Los usos que se realicen calculando como reducir el monopolio del titular de derechos se consideran como dirigidos a un público y son, por tanto, usos infractores. Bajo el “test del monopolio”, la cuestión crítica es si el titular de derechos consideraría justamente una [determinada] audiencia como parte [potencial] de su público, en términos en los que esperarían razonablemente venderles [a los miembros tal audiencia] copias adicionales. [...] Cuando los usos no se realizan de manera calculada para reducir el valor del monopolio que representa al derecho autor, se consideran haberse realizado en privado, y no pueden acarrear el efecto sustancial de privar a los titulares de derechos del público del que reciben beneficios por cuenta de la venta de sus obras. [...] En contraste, los usos que reducen el valor del monopolio de los titulares de derechos se consideran como públicos, puesto que los titulares de derechos tienen una expectativa razonable de recibir un beneficio por su causa” ²⁰⁹⁵ .

Este “*test del monopolio*”, que básicamente es el test de las expectativas razonables de explotación de un titular de derechos de autor sobre su obra, ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la española. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006 en el Caso RAFAEL HOTELES concede gran importancia al hecho de que la obra sea usada o disfrutada por un público “*nuevo*”, distinto del estrictamente perteneciente al ámbito privado de un determinado usuario, según la interpretación razonable del

²⁰⁹⁵ “Uses which are calculated to whittle down the rightholder’s monopoly are considered to be addressed to a public and are, therefore, infringing. Under the “monopoly test”, the critical question is whether the rightholder would fairly consider the audience as part of their public, in terms that they would reasonably expect to sell extra copies to them. [...] When uses are not calculated to reduce the value of the copyright monopoly, they are considered to be held in private; and cannot, have the substantial effect of depriving the rightholders of the public from whom they receive profit by selling their works [...] By contrast, uses that whittle down the value of the rightholders’ monopoly are considered to be public since the rightholders have a reasonable expectation to earn a profit from them”. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 69. (Traducción del autor).

titular de derechos sobre la obra. El Fundamento jurídico nº 41 de la Sentencia RAFAEL señala así que:

*“Como se explica en la Guía sobre el Convenio de Berna, documento interpretativo elaborado por la OMPI que, sin tener fuerza vinculante, es un instrumento útil para la exégesis del Convenio, el autor, al autorizar la radiodifusión de su obra, sólo tiene en cuenta a los usuarios directos, es decir, a los poseedores de aparatos receptores que captan los programas individualmente o en un ámbito privado o familiar. De conformidad con dicha Guía, a partir del momento en que se efectúa esta captación para destinarla a un auditorio todavía más vasto, a veces con fines de lucro, es una nueva fracción del público receptor la que puede beneficiarse de la escucha o de la visión de la obra, con lo cual la comunicación de la emisión a través de altavoz o instrumento análogo no constituye ya la simple recepción de la emisión misma, sino un acto independiente mediante el cual la obra emitida es comunicada a un público nuevo. Como se precisa en la misma Guía, esta recepción pública da lugar al derecho exclusivo de autorización, que corresponde al autor”*²⁰⁹⁶.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo 4505/2007, de 8 de junio de 2007 dispone que *“Los antecedentes de estos preceptos derivados de los convenios internacionales a que acaba de hacerse referencia llevan a la conclusión de que no solamente debe excluirse del concepto de copia privada aquella que tiene un carácter propiamente mercantil por estar orientada al mercado, sino también aquella que, no estando destinada a esta finalidad, es capaz de lesionar seriamente el potencial mercado editorial”*²⁰⁹⁷. MARTÍN SALAMANCA en relación a esta Sentencia señala a su vez que *“Ello no vendría a ser otra cosa que un colofón de la disposición general del art. 40bis LPI, y que, en efecto, restringe la interpretación posible de los límites, a aquella que no vaya nunca en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran. Esta cláusula de cierre permite la perpetua actualización y flexibilización de los límites”*²⁰⁹⁸. Es decir, que las expectativas de los titulares de derechos en cuanto a la explotación de sus obras se

²⁰⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006. Asunto 306/05. Fundamento Jurídico nº 41.

²⁰⁹⁷ Fundamento Jurídico 9º.

²⁰⁹⁸ MARTÍN SALAMANCA, SARA, «Límites a los derechos de explotación (I)», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch. Pág. 212.

han de considerar para determinar la extensión del ámbito de aplicación del límite de copia privada, y la norma por la que se ha de realizar esta interpretación es la regla de los tres pasos del artículo 40bis de la LPI, que analizaremos más abajo con mayor detenimiento.

Por tanto, la mejor definición de lo que sería un uso “justo” del límite de copia privada desde la perspectiva de un titular de derechos se encuentra en la Sentencia citada en el Reino Unido en el célebre caso RANGERS ²⁰⁹⁹, en que el Tribunal, decidiendo si el uso y disfrute de una obra resultaba permisible en el marco de una fiesta de cumpleaños, señaló que el “*uso de una obra sujeta a la Ley sobre Copyright no incide en el perjuicio económico del propietario del copyright, puesto que la audiencia seleccionada no se encontraba empleando la obra bajo condiciones en las cuales normalmente pagarían por tal privilegio de una forma o de otra*” ²¹⁰⁰. Evidentemente, el titular de derechos sobre una obra, como he señalado más arriba, no debe tener la expectativa razonable de que todos los miembros de una unidad familiar que ven un DVD, o un grupo de amigos que viven juntos y que comparten sus CD’s musicales, o un grupo de amigos íntimos que se reúnen en casa de uno de ellos para ver una película, consigan de manera individual y autónoma la autorización del titular de derechos para realizar ese uso y disfrute. Sin embargo, estos mismos titulares sí que podrían tener la expectativa razonable de que algunos de los usuarios que se descargan una película de una red P2P (o similar) la hubieran adquirido en el mercado de no haber realizado una reproducción ilícita. Es por ello (como he apuntado tantas veces a lo largo de este trabajo) que la consideración de que las descargas realizadas a través de una red P2P son copias privadas, es una aberración jurídica. Y, no obstante, esto es lo que ha ocurrido en España durante los últimos años con el beneplácito de los poderes públicos, cuando no han directamente instigado este uso contra-natura del límite (por ejemplo, en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General de Estado).

De nuevo, hemos de insistir, en que son los titulares de derechos los que se encuentran en mejor posición para decidir de qué usos de una obra pueden razonablemente conseguir un beneficio

²⁰⁹⁹ *Performing Rights Society v. Rangers FC Supporters Club* [1974] SC 49, 49-50 (UK). Referenciado en KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 69.

²¹⁰⁰ “*The use of a copyright work is not rebounding to the financial disadvantage of the owner of the copyright, since the selected audience is not employing the work under conditions in which they would normally pay for the privilege in one form or another*”. Ídem. (Traducción del autor).

económico y de cuáles no. Las medidas tecnológicas de gestión y protección constituyen las herramientas adecuada para conseguir este objetivo de manera efectiva, y las exigencias derivadas de la competencia en el mercado provocarán que tomen esta decisión con mesura en cuanto a la elección de los usos de los que tienen pensado extraer un rendimiento económico, puesto que la decisión de intentar cobrar a los usuarios por utilizaciones de las obras que pertenezcan razonablemente a las facultades de uso y disfrute privado sobre las mismas implicará inexorablemente que los usuarios den la espalda a sus bienes o servicios, lo cual hará muy difícil que tomen una decisión tan inane en términos de estrategia empresarial. Si los titulares de derechos intentan cobrar a los usuarios por usos de sus obras que estos puedan considerar excesivos, dejarán de consumir tales obras. Así de sencillo.

- c) La importancia del lugar en que se realiza el uso o disfrute de la obra a efectos de otorgar o no a tal uso el estatus de “*uso privado*”.

Existen dos posibles situaciones dignas de análisis en este apartado; a saber: los usos privados en lugares públicos, y los usos públicos en lugares privados. En cuanto a los primeros, ya desde la aparición del “*walk-man*” durante los años 80, existe unanimidad en que son perfectamente posibles y lícitos. Es más, la tendencia tecnológica (la realidad) deriva obviamente hacia la ubicuidad en el consumo de obras de creación (lo cual en la mayor parte de la era analógica solamente resultaba predicable de las obras literarias). Es por ello que el límite de copia privada cobra todo su sentido en nuestros días en relación a los actos de reproducción por razones de “*space-shifting*” y de “*format-shifting*” por parte de los usuarios. Una vez más, los titulares de derechos en los países con una industria de contenidos puntera, como EE.UU., son conscientes de esta tendencia creciente dirigida al consumo ubicuo, y por ejemplo los usuarios de televisión por cable gozan de plataformas y aplicaciones alternativas a consumo tradicional de sus servicios a través de un aparato de televisión, puesto que la tendencia también es que los usuarios posean aparatos con la capacidad de estar conectados a la Red de manera constante ²¹⁰¹. No obstante, también es cierto que la inmensa mayoría de estos usos son estrictamente personales del copista.

²¹⁰¹ En España, durante los algo más de dos años que me ha llevado terminar este trabajo, también han aparecido plataformas multimedia similares, como por ejemplo YOMVIES.

En lo que respecta a usos no estrictamente personales del copista es donde existe un cierto margen para la interpretación. Es sabido que el límite de copia privada nació en la era analógica por razón de la imposibilidad de controlar ciertos usos en el ámbito privado del copista; más concretamente en su domicilio. KARAPAPA nos explica que algunos países de la Unión Europea aún identifican en sus respectivas legislaciones uso privado con uso doméstico ²¹⁰². La ya mencionada Sentencia del TJUE en el caso RAFAEL ²¹⁰³ denegó el carácter de ámbito privado a una habitación de hotel, lo cual gozaba de relevancia a efectos de determinar si se podrían realizar comunicaciones públicas en dichas habitaciones, puesto que los huéspedes de una habitación de hotel no gozaban de una “*continuidad espacial*” con la habitación. Tal “*continuidad espacial*” sí se puede predicar de una persona con respecto a su domicilio.

Con respecto al ámbito digital, mucho se ha escrito con respecto al derecho de privacidad que supuestamente protegería al usuario que sube o descarga archivos de manera no autorizada a redes P2P, o que fija copias no autorizadas en webs de almacenamiento ²¹⁰⁴. Aunque KARAPAPA parece entender lo contrario, ya que realiza distinciones entre las webs abiertas a todos los usuarios como YOUTUBE, y las webs en que el usuario dispone de una cierta elección en cuanto a sus opciones de privacidad, tipo FACEBOOK ²¹⁰⁵, lo cierto es que la Red es un lugar público a efectos del Derecho de Autor (con la excepción de las comunicaciones interpersonales). En realidad, lo que sucede en la Red es análogo a lo que sucede en el mundo “real”. Los correos electrónicos son simplemente cartas digitales, y las comunicaciones interactivas se realizan “*al público*” de análoga manera a como se realizan en la pantalla de una televisión, cuando se trata de la pantalla de un ordenador o iPad, siendo la única diferencia con el modelo televisivo tradicional el que el del espectador ya no es pasivo, sino que además dispone de la capacidad de elegir las obras de las que desea disfrutar en un momento determinado. Así, en cuanto al acto de poner a disposición de potencialmente el mundo entero una obra a través de una red P2P, o compartiéndola desde una web de almacenamiento, yo creo que nadie puede dudar que este acto de puesta a disposición es

²¹⁰² Así Alemania entre los países del sistema jurídico Civil, y el Reino Unido e Irlanda, especifican que el uso privado ha de ser realizado exclusivamente en un ámbito doméstico.

²¹⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006. Asunto 306/05.

²¹⁰⁴ Copias disponibles para su reproducción automática, ya sea estrictamente temporal vía “streaming”, o permanente en un disco duro. Reproducción, digo, disponible para la totalidad de los usuarios que dispongan del enlace conectado al fichero en que esté almacenada esa obra. Enlaces que se hasta no hace mucho se podía encontrar sin problemas utilizando un buscador tipo GOOGLE.

²¹⁰⁵ KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Págs. 75-76.

eminentemente público, y existe total unanimidad en este punto incluso en documentos tan reprochables como la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que reconoce el carácter de comunicación pública al acto de subir una obra a estas redes. Con respecto a las descargas, de las que se ha querido preconizar su carácter privado, la propia lógica del proceso técnico nos indica que desde que una descarga se realiza de una pluralidad de usuarios (desconocidos por el usuario copista en su mayoría), pues estas descargas se realizan en modo de “paquetes de datos” que una pluralidad de usuarios ponen a disposición del usuario que realiza la descarga (muchas veces sin tener en cuenta su voluntad, puesto que el usuario que realiza una descarga actúa a la vez como receptor y fuente de la misma hasta que esta se complete). Así, no parece que una interpretación no interesada del acto de descargarse una obra de manera no autorizada a través de una Red P2P pueda llegar en toda honestidad intelectual a defender que este acto es “privado” ²¹⁰⁶.

Por último, hay que reseñar que el AMLPI 2013 señalaba lo siguiente en su Exposición de Motivos:

“En estas circunstancias se procede a una nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que supone su restricción como consecuencia de la exclusión, por un lado, de las reproducciones para uso profesional o empresarial, en cumplimiento de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por otra parte de las reproducciones a partir de soportes físicos que no sean propiedad del usuario, incluyéndose aquellas no adquiridas por compraventa comercial, y mediante comunicación pública salvo las reproducciones temporales e individuales de las obras radiodifundidas que se realicen únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento posterior. Al dejar de quedar amparadas por el límite de copia privada, estas reproducciones, cuando carezcan de autorización, devienen ilícitas y no podrán ser objeto de la compensación equitativa”.

²¹⁰⁶ Algunos autores, como GARROTE, con la mejor intención pensaban que ya que no se podrían controlar las descargas ilícitas (lo cual no es técnicamente cierto) lo mejor sería otorgarles el carácter de copias privadas para poder así recaudar y compensar a los autores por medio del canon digital. Lamentablemente, la aplicación práctica de este “posibilismo jurídico” se ha comprobado desastrosa a todos los niveles, y ha provocado una “contrarreforma” radical, como la desarrollada en el AMLPI 2013. Ver GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Págs. 96-97.

Por tanto, el AMLPI 2013, amén de que restringía el ámbito de actuación del límite redefiniendo lo que fuera el “*acceso legal*” a una obra, señalaba que a efectos de la aplicación del límite, todo acto de puesta a disposición de una obra en un entorno “público”, como son grandes partes de la Red²¹⁰⁷ se habrían de considerar legalmente “comunicaciones públicas no autorizadas” (y por tanto -aunque esto último parezca una obviedad- al resultar “no privadas” toda reproducción no autorizada realizada sobre ellas resultaría ilícita). Esta “comunicación pública no autorizada” en principio, cuando se realiza, rompe la cadena de legitimidad entre copias, y así la copia resultante de un acto ilícito deviene ilícita ella misma (esto debería resultar así incluso bajo nuestra Ley de Propiedad Intelectual vigente, la emanada de la Ley 23/2006). La excepción que se recogía en el Anteproyecto de Ley eran los actos de reproducción permitidos por el límite, individuales y temporales, sobre comunicaciones públicas radiodifundidas por motivos de “*time-shifting*”. Por tanto, para realizar reproducciones de toda obra que excediera este supuesto resultaba taxativamente necesaria la autorización de sus titulares de derechos; especialmente en el caso de “*Las obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija*”, subrayado que ya se incluía directamente en el propio texto del artículo 31.3 a) de la LPI según el AMLPI 2103. El ámbito de aplicación del límite se reducía entonces de tal manera, que no hubiera resultado improbable deducir que el artículo 31 de la LPI según el Anteproyecto se había diseñado como un régimen temporal diseñado para regular el “*interregnum*” hasta la propia necesidad de supuestos en que el límite de copia privada resultare mínimamente beneficioso o útil hubiere desaparecido. No obstante las consecuencias “reales” de que se hubiera decidido eliminar directamente el límite de copia privada en la legislación emanada del Anteproyecto de Ley no hubieran resultado muy distintas a la extrema restricción de su ámbito de actuación que provocaba el Anteproyecto, puesto que hubiéramos estado hablando de un escenario en el cual el límite de copia privada hubiere resultado casi anecdótico (básicamente de las reproducciones de obras adquiridas en propiedad en el comercio, siempre que no estuvieran protegidas por medidas tecnológicas de seguridad; porque de aquellas se podría predicar que los titulares de derechos habrían realizado una “autorización tácita” a los usuarios para realizar copias para “uso personal”

²¹⁰⁷ Los actos de los que “suben” una obra a una Red P2P o a una web de almacenamiento personal, publicando luego el enlace sin proteger el archivo con una contraseña son eminentemente “públicos”, pero los de aquellos que crean, por ejemplo, el “espejo” del escritorio de su ordenador personal en la nube, cuando estén protegidos por una contraseña, son actos de reproducción privados.

por la vía del hecho, al no incluir tales medidas). La prueba de todo esto es que resultaba perfectamente posible de acuerdo con la Reforma del AMLPI 2013 que el Gobierno hubiere destinado la cantidad de 0€ para compensar por los supuestos de copia privada que permitía el límite (supuestos en su mayoría que los titulares de derechos adicionalmente autorizan por sí mismos extramuros de la regulación legal sobre copia privada -o al menos toleran realizar- como sabe todo el mundo que posee un iPod).

Por su parte, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley resulta casi idéntica en la práctica totalidad de este mismo punto (y ya hemos estudiado la proyectada redacción del artículo 31.2 b) 2º); excepto que realiza (consecuentemente con la modificación del artículo) un cambio sustancial²¹⁰⁸ :

“En estas circunstancias se procede a una nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que supone su restricción como consecuencia de la exclusión, por un lado, de las reproducciones para uso profesional o empresarial, en cumplimiento de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por otra parte de las reproducciones a partir de soportes físicos que no sean propiedad del usuario, incluyéndose aquellas no adquiridas por compraventa mercantil, y mediante comunicación pública salvo las reproducciones individuales de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos. Al dejar de quedar amparadas por el límite de copia privada, estas reproducciones, cuando carezcan de autorización, devienen ilícitas y no podrán ser objeto de la compensación equitativa”

Así que, según el PMLPI 2014, se prohíben (se “excluyen” del ámbito de actuación del límite) las reproducciones para uso privado realizadas desde una obra puesta a disposición del usuario por medio de un acto de comunicación pública, salvo, las que se realicen cuando el usuario hubiera

²¹⁰⁸ Aunque como hemos visto, el Ministro WERT en el Debate celebrado en el Congreso de los Diputados sobre las Enmiendas a la Totalidad del Proyecto de Ley parecía no dar importancia práctica alguna a esta modificación de la letra de la Ley. Ver nota al pie de página nº 2025. Además, del análisis del artículo 25.5 de la LPI según la propia redacción del Anteproyecto se colige la misma consecuencia: que para el prelegislador esta modificación se presume irrelevante.

accedido a la “copia patrón” “a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos”. Parece claro que en este caso se observa una deficiencia técnica nada desdeñable entre la redacción emanada del Anteproyecto de Ley con respecto a la emanada del Proyecto de Ley, puesto que se excluye del ámbito de actuación del límite de copia privada las realizadas desde comunicaciones públicas desde obras sujetas al Derecho de Autor (suponemos que tanto autorizadas como no autorizadas, puesto que de otra manera se hubiera reseñado de manera explícita este matiz en el texto de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley), y al mismo tiempo se autorizan las copias privadas realizadas desde actos legítimos de comunicación pública realizados mediante la difusión de imagen, sonido o ambos, lo cual hace preguntarse si existe otro acto de comunicación pública diferente de este.

Además, en el AMLPI 2013 se especificaba que la copia privada hubiere habido de realizarse “*sin asistencia de terceros*”. La inclusión de esta fórmula en el artículo 31 de la LPI según el Anteproyecto se encontraba destinada a terminar de una vez por todas con el debate relativo a la realización de copias privadas por encargo, ya estas habrían quedado, de haberse aprobado la reforma, taxativamente prohibidas. Si unimos lo señalado en este sentido con la delimitación estricta al “*círculo de familia*” que pienso ha de tener el “*ámbito privado*”, he de concluir que la realización de copias privadas con el objeto de cedérselas o regalárselas a amigos o conocidos que excedan este estricto “*círculo de familia*” hubieren excedido el ámbito de actuación del límite de copia privada según la reforma planteada por el Anteproyecto, y por tanto hubieren estado prohibidas tales reproducciones de no mediar autorización del titular de derechos sobre la obra (siempre volvemos a lo más básico e inteligible: “la autonomía de la voluntad”). Sin embargo, con el objeto de evitar interpretaciones contradictorias en este sentido, no hubiera estado de más que el AMLPI 2013 hubiera delimitado en la propia norma lo que se hubiere de entender legalmente por “*uso privado*”, ya que el modelo francés que reivindicaba GARROTE goza de bastantes ventajas interpretativas. Además, yo hubiera añadido la palabra “*doméstico*” con el objeto de que el límite hubiera cubierto los diversos modelos de familia, o las diversas situaciones que comportan una vida análoga a la “*familiar*”, que se dan en la práctica, y que no se encuentran basadas solamente en el modelo de parentesco tradicional. Así, la reforma en este punto debería haberse leído como sigue:

“Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

a) Que se lleve a cabo por una persona física para su uso privado, no profesional ni empresarial. *Se entenderá a efectos legales por uso privado solamente aquel que se realice dentro del círculo familiar o estrictamente doméstico de la persona física que realice la reproducción”.*

El Inf. CGPJ, del que como hemos dicho se desprende una nostalgia infinita por el sistema de compensación equitativa basado en el canon digital, se refiere a “uso privado” contraponiéndolo a “uso profesional o empresarial”, por lo que analizaremos la crítica que este realiza al AMLPI 2013 cuando hablemos del elemento del límite de copia privada consistente en la interdicción del “*uso lucrativo*” de la obra, ya que en lo tocante a la definición precisa de lo que sea el término “privado”, ni el Inf. CGPJ, ni (parece) el Dictamen del Consejo de Estado parecen realizar apreciación o crítica alguna. Consecuentemente, el PMLPI 2014 no realiza modificación alguna en este punto con respecto al Anteproyecto.

6.3.2.4 **Que el uso que se realice de la reproducción por la persona física copista no sea colectivo.**

El artículo 5.2 b) de la DDASI no realiza mención alguna al elemento o requisito relativo a la no “utilización colectiva” que se efectúe por parte del usuario en un momento posterior a la realización de la reproducción ²¹⁰⁹ ; utilización que de producirse derivaría la consecuencia jurídica consistente en que la copia privada perdería dicho estatus de manera sobrevenida. En realidad, a mi modo de ver, todos los elementos de la norma incluidos en la redacción del artículo 5.2 b) de

²¹⁰⁹ Recordemos la redacción del artículo: “*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:*

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6”

la Directiva se remiten al momento en que se haya realizado la reproducción, ya que a diferencia del artículo 31.2 de la LPI, en aquella se requiere que el usuario/persona física/copista no posea “*finés comerciales*” (esto es, objetivos o planes de uso comercial de la copia simultáneamente al momento en que realice la reproducción; puesto que en el plano subjetivo, obviamente, que el usuario posea “*finés comerciales*” deriva efectos jurídicos en el momento en que se realice el acto permitido por el límite al derecho de reproducción: la reproducción misma (mientras que el usuario sólo podrá realizar un uso colectivo de su copia privada tras efectivamente haber realizado una reproducción al amparo del límite). De manera distinta, y de acuerdo con el artículo 31.2 de la LPI vigente, tanto el “uso colectivo”, como el “uso lucrativo”, niegan la condición de copia privada a la reproducción que el usuario ya tiene en su poder con efectos anulatorios “*ex nunc*”; convirtiendo esta reproducción en ilícita mediante la anulación de su estatus de copia privada a efectos del límite legal. Es decir, la ilicitud opera “*a posteriori*” del momento en que se realiza la reproducción; esto es, al realizarse la utilización colectiva.

La aparición del elemento relativo a la interdicción del uso colectivo de una reproducción por parte del usuario se verifica por parte del artículo 31.2 del Proyecto de Ley Intelectual de 1985, que disponía que “*las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin la autorización del autor “para uso personal del copista siempre que las copias no sean objeto de utilización colectiva”*”²¹¹⁰. Así, este elemento se recogió de manera efectiva en la ya a todos los efectos entonces vigente LPI de 1987, cuya redacción prescribía que “*Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: [...] 2º. Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa*”. El elemento ya no abandonaría la redacción del artículo 31.2 hasta la redacción vigente del artículo 31.2 del TRLPI de 1996 derivada de la Ley 23/2006.

No obstante, existe una diferencia sustancial entre la redacción del TRLPI de 1996 (y su antecesora, la LPI de 1987), que indicaba(n) que “*las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor [...] 2.º Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa*”, y la actual redacción del artículo 31.2, que añade significativamente a su texto el

²¹¹⁰ El añadido de la prohibición de utilizar las copias de manera lucrativa se añadió en el Proyecto de Ley de 1986.

participio “*obtenida*” (“*y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa*”); adición que evidentemente denota que el momento temporal en que la utilización colectiva de la reproducción se ha de realizar por parte del usuario/persona física/copista ha de darse necesariamente con posterioridad a aquel momento en que el usuario hubiera realizado la reproducción. La utilización del participio “*obtenida*” indica pues que estamos hablando del equivalente a una condición suspensiva del estatus legal de copia privada, puesto que este estatus adquirido por el cumplimiento de los elementos/requisitos legales del límite descritos con anterioridad (persona física, reproducción realizada por esta con la intención de utilizarla para uso privado, acceso legal) desaparecería en cuanto el acto de utilización colectiva hubiera tenido lugar²¹¹¹.

No obstante, esta no es la noción original del concepto “*uso colectivo*” de acuerdo con el legislador de 1987, como bien nos explica DELGADO PORRAS, ya que este autor coloca acertadamente el foco sobre el hecho de que el Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo, que desarrollaba el artículo 25 de la LPI excluía expresamente como objeto de la remuneración compensatoria en su artículo 1.2 las copias que “*sean [fueran] objeto de utilización colectiva o lucrativa*”. Desde la contemporaneidad con el Real Decreto nos explicaba así este autor el significado histórico de este artículo, ya que tal utilización colectiva excluía de la remuneración por canon a “*las reproducciones de obras publicadas en forma de libro, fonograma o videograma que se realicen en el seno de las empresas, hospitales, organismos públicos, centros de enseñanza, que etc. para uso interno de sus socios, del personal que en ellos presten sus servicios o de quienes sean destinatarios de estos últimos, abstracción hecha de si esas copias se obtienen de forma gratuita o mediante el pago de una cantidad. En todo caso, se trataría de copias de utilización colectiva. Si, además, esas copias no tienen carácter gratuito, el motivo de su expulsión de la excepción legal será doble*”²¹¹². Es por ello que MARÍN LÓPEZ criticaba que el Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, presentado ante el Congreso el 26 de agosto de 2005

²¹¹¹ Es por ello, que solo en este marco precedente a la Ley 23 /2006, se pueden entender Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2000, que entendía que el elemento del uso colectivo habría de entenderse ligado al momento en que se realizara la reproducción: “*Un problema [sería] la interpretación que debía hacerse del carácter colectivo de la utilización de la copia privada, es decir, si dichas referencia debía extenderse a la actividad del copista o a la de aquel que recibía la obra. Sólo tras un intenso debate doctrinal puede llegar a afirmarse que en la referencia a la utilización queda circunscrita a que la propia actividad de realización de copias sea colectiva*”.

²¹¹² DELGADO PORRAS, ANTONIO, «La copia privada en España», *RIDA*, núm. 145, julio 1990. Pág. 44.

(a pesar de que en la redacción que le daba al artículo 31.2 ya existiera la adición del participio “obtenida”) mantuviera el elemento de la “*utilización colectiva*”²¹¹³. Argumentaba este autor que “*La prohibición de utilización «colectiva» es una simple secuela de lo que se entienda por uso privado, por lo que no presenta ninguna autonomía propia. Es decir, una vez que definamos el uso privado que se permite a la persona física que realiza la reproducción, y que definamos igualmente en qué medida ese uso privado permite un uso colectivo (cercle de famille) quedará determinado por exclusión cual es el uso colectivo prohibido*”²¹¹⁴. Fundamentaba tal argumentación el profesor MARÍN LÓPEZ, en su convencimiento de que solo existirían dos posibles ámbitos de utilización de una obra: el público y el privado. Desde esta concepción binaria evidentemente no tiene demasiado sentido incluir en la redacción del artículo el elemento del “*uso colectivo*”, ya que el ámbito de los usos no autorizados de una copia privada bajo el límite legal del artículo 31.2, se definirían así por exclusión de los propios usos privados permitidos. Es decir, lo que no fuera un “uso privado” permitido, evidentemente sería un “uso público” ilícito, de no estar sujeto a la autorización del titular de derechos pertinente.

²¹¹³ MARÍN LOPEZ defendía la utilización de la fórmula utilizada en la DDASI “sin fines directa ni indirectamente comerciales”.

²¹¹⁴ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007. Pág. 35.

Así, según los artículos 3 y 4 de la DDASI, que regulan los derechos de comunicación y distribución de los autores y sus asimilados legales, ambos derechos de explotación lo son siempre que se verifiquen con respecto “*al público*” (excepto el derecho de puesta a disposición, que se regula como una especialidad del derecho de comunicación del artículo 3 de la DDASI, y del que significativamente se apunta que no va dirigido “*al público*”, sino que se pone una obra a disposición “*del público*”) ^{2115 2116} . Según el TJUE, “*La Directiva no proporciona una definición de «el público», si bien [...] existen indicaciones de que el término debe interpretarse en sentido amplio a efectos de la Directiva*” ²¹¹⁷ .

Sin embargo, no nos detendremos demasiado en el derecho de distribución del artículo 19 de la LPI con respecto al límite de copia privada en el estudio y análisis del elemento de este límite que nos ocupa, puesto que al exigir la redacción de este artículo que la transmisión de una obra se realice en un soporte tangible ²¹¹⁸ , normalmente esta transmisión se realizará a de persona a persona (o de persona física que actúe como representante de una persona jurídica –por ejemplo, un dependiente–, a una persona física miembro del público), y por tanto el uso o disfrute de la obra por parte del

²¹¹⁵ Artículo 3 de la DDASI: “*Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas*

1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:

- a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
- b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;
- c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;
- d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2”.

²¹¹⁶ Artículo 4 de la DDASI. “*Derecho de distribución.*

1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores, respecto del original de sus obras o copias de ellas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio.

2. El derecho de distribución respecto del original o de copias de las obras no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento”.

²¹¹⁷ Sentencia Del TJUE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles, S.A., asunto C-306/05. Punto 33.

²¹¹⁸ Artículo 19.1 de la LPI: “*Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma*”.

usuario adquirente, poseedor de la copia, o prestatario se realizará en un momento posterior al de la venta, alquiler o préstamo. Además, el que el acto de distribución se realice en un “*locus*” público (una tienda), o privado (el domicilio del adquirente en el caso de una venta ambulante), o incluso en la Red (la compra por parte del usuario de una copia tangible en una tienda online, a la que sigue la recepción de tal copia por parte de este por correo o un servicio de mensajería) tiene nulos efectos prácticos en cuanto a los intereses jurídicos de los titulares de derechos sobre la obra en lo que respecta a la potencial utilización “colectiva” posterior de su copia privada por parte del usuario ²¹¹⁹ .

Sin embargo, aunque el concepto de “público” resulte relevante sólo a efectos de definir el derecho de distribución, tal concepto resulta fundamental en el marco del derecho de comunicación pública, especialmente en la era digital. El TJUE señaló en el caso RAFAEL lo siguiente *“Desde el punto de vista de la ley de 1987, el concepto del público únicamente tiene sentido en conexión con las operaciones de distribución (art. 19) Y de comunicación (art. 20), y el legislador no ha definido ese concepto más que en forma negativa y con relación a esa última operación: “no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico” (art. 20.1, párrafo 2º). En consecuencia, a nuestros efectos, lo estrictamente doméstico será la familia del copista, entendida por sus parientes y demás personas que conviven de ordinario con él”* ²¹²⁰ . En nuestra LPI vigente, el artículo 20.1 (redactado según la Ley 23/2006) delinea en cierta manera las fronteras entre los ámbitos público y privado, especialmente en su segundo párrafo, en que define expresamente lo que se ha de considerar un ámbito público a efectos de la explotación de la obra “*a contrario sensu*”, definiendo precisamente lo que sea el ámbito privado:

“Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

²¹¹⁹ Trataremos la adición que realiza el PMLPI 2014 de la fórmula “*ni de distribución mediante precio*” sobre la redacción “Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa”, que era la propuesta por el AMLPI 2013 para el artículo 31.2 c) de la LPI. No obstante, podemos avanzar que la distribución mediante precio se refiere evidentemente a la venta vía “top manta”, y tiene mejor acogida en el punto siguiente de este trabajo; o no, porque este es precisamente uno de los supuestos que a nadie se le había ocurrido defender se encontraban cubiertos por el límite de copia privada.

²¹²⁰ Sentencia Del TJUE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles, S.A., asunto C-306/05. Punto 33.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

En este sentido, entonces, “*público*” sería todo lo que trascendiera ese ámbito privado definido por una “*relación especial*” de los usuarios secundarios o indirectos con el usuario principal que realiza la copia. No obstante, no podemos obviar el problema consistente en que el concepto mismo de comunicación ha mutado considerable y sustancialmente a lo largo del tiempo, puesto que la tecnología lo ha redefinido tanto desde el punto de vista del rol del usuario receptor, que se ha convertido asimismo en comunicador potencial, como desde el punto de vista de las relaciones de los medios de comunicación de masas con los integrantes del público. Con anterioridad a la aparición de los medios de comunicación “clásicos” (la radio analógica, el cine, la televisión analógica), la explotación de obras de creación por parte de sus titulares de derechos se podía realizar de dos maneras: siendo la primera (a) la distribución de un número determinado de copias tangibles de las mismas (ej. libros), que eran copias que sus titulares podían usar o disfrutar en el momento que eligieran, pero que no podían redistribuir masivamente a terceros, puesto que se encontraban limitados a la distribución de la única o únicas copias tangibles que poseyeran físicamente (posesión que además perderían en el momento en que se efectuase la distribución). El otro modo de explotación (b) era la comunicación de la obra a una audiencia física (el público) localizada asimismo normalmente en un lugar público determinado (un teatro). En esta modalidad de explotación, el público lo componía una masa heterogénea de personas físicas que normalmente (tomadas conceptualmente como un todo) no se conocían entre sí. Con el surgimiento y sucesivo desarrollo de los medios de comunicación “clásicos”, y con la excepción del cine como forma de comunicación que se realizaba habitualmente de manera análoga a la comunicación teatral (los sistemas de proyección cinematográfica caseros o bien resultaban muy caros, o no podían replicar la experiencia que el espectador vive en una sala cinematográfica), la comunicación realizada a través de los sistemas de radiodifusión analógicos se podía por primera vez efectuar de manera simultánea a una pluralidad de personas que estuvieran localizadas individualmente en sus domicilios respectivos. Ahora bien, la elección del momento temporal en que los usuarios podían disfrutar de estos métodos o medios de comunicación de masas no dependían de ellos, sino de los propios medios de comunicación emisores o radiodifusores, y consecuentemente los usuarios

estaban habituados a lo que BARAN denomina como “*consumo mediante cita previa*” ²¹²¹ . El siguiente paso tuvo lugar con la aparición de los medios de reproducción domésticos, como por ejemplo los aparatos de grabación de sonido o de video analógicos. En este estadio los usuarios aún se agrupaban en audiencias más o menos pasivas; es decir, en receptores puros de la comunicación, que además constituían la clientela potencial de los derechos de comunicación sobre una obra determinada. Salvo contadas excepciones (los casos de radiodifusión pirata, los videos comunitarios), en los que los usuarios pudieran realizar grabaciones domésticas en soportes tangibles simplemente significaba que ya no se encontraban constreñidos por aquella “*cita previa*” que determinaba el momento exacto en que pudieran usar y disfrutar las obras de creación, sino que podrían consumir sus actos de uso y disfrute en un momento posterior a la de la emisión (en esto consiste el célebre “*time-shifting*”). Los actos de distribución de estas copias domésticas resultaban además económicamente marginales, por razón de la ya mencionada degradabilidad inherente a la copia analógica, salvo marginalmente en supuestos de piratería organizada ²¹²² . Por otra parte, tal y como ya hemos señalado aquí, las copias analógicas realizadas en el ámbito doméstico resultaban imposibles de controlar en la práctica, lo cual era la razón última del límite de copia privada. Es en este escenario donde tiene sentido el derecho de comunicación tradicional.

Esta situación cambia radicalmente con el advenimiento de la tecnología digital, y especialmente con la puesta a disposición de copias digitales a través de la Red, que ya no encaja en el concepto clásico del derecho de comunicación. Para empezar, la comunicación en masa ya no se realiza a un público compuesto de un grupo de personas heterogéneo en el mismo momento, sino que se realiza individualmente a cada uno de los miembros de ese público (los usuarios), y en el momento que cada uno de estos miembros de público considerados de manera individual lo elija. Así, se cambia el rol de los usuarios, que pasan de consumir “*mediante cita previa*” al “*consumo a la carta*” ²¹²³ . Es decir, los usuarios se convierten en receptores de la comunicación en el momento

²¹²¹ “‘Consumo mediante cita previa’: Las audiencias consumen el contenido a un tiempo predeterminado por el productor o distribuidor; por ejemplo, en una sesión predeterminada en un cine o en un teatro, su programa favorito de televisión a las nueve de la tarde los mártires, o las noticias a la hora en punto”. “Appointment consumption: audiences consume content at a time predetermined by the producer and distributor; for example, a movie time at a theater, your favorite television show at 9:00 on Tuesdays, news at the top of the hour”. BARAN, STANLEY J., *Introduction to Mass Communication, Media Literacy and Culture*, 8ª Edición, McGraw-Hill, Colombo, Ohio, 2013. Pág. 43. (Traducción del autor).

²¹²² Recordemos que estamos limitando nuestro estudio a España y a países de nuestro entorno socio-económico.

²¹²³ “Consumo a la carta: La capacidad de consumir cualquier contenido, a cualquier hora, y en cualquier lugar”. “Consumption-on. Demand: the ability to consume any content, anytime, anywhere”. *Ídem*. (Traducción del autor).

y lugar que ellos mismos elijan. Paralelamente, el papel de los titulares de derechos sobre el contenido objeto de comunicación (o de sus licenciatarios) también sufre una sustancial transformación, puesto que pasan de comunicar la obra “*al público*” en un lugar y momento determinado, a poner a disposición “*del público*” la obra con el objeto que usuarios la usen o disfruten en el lugar y momento que deseen. Este es el contenido del derecho de puesta a disposición que se incluye como una modalidad del derecho de comunicación en el referido artículo 3 de la de DDASI, y como consecuencia también en el artículo 20 la LPI después de la reforma operada por la ley 23/2006. Así, el artículo 20.2 i) de la LPI incluye específicamente como un acto de comunicación público “*la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija*” ²¹²⁴. Finalmente, el derecho de comunicación queda asimismo afectado por este nuevo “*staus quo*” ya que, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, los usuarios se convierten además en comunicadores potenciales de la obra, puesto que disponen de la posibilidad de poner a disposición de otros usuarios el contenido en la Red; bien sea para que estos otros usuarios realicen una reproducción de tal contenido, o bien para que usen o disfruten la obra de manera interactiva mediante un acto de “*streaming*” de la obra que se encuentre fijada en una web de almacenamiento. Puesto que los usuarios no son normalmente a la vez autores generadores de contenido (o al menos de contenido que otros usuarios deseen usar o disfrutar), lo normal es las obras objeto de estos actos de puesta a disposición en la Red sean obras ajenas, y que tal puesta a disposición de realice de manera no autorizada. Como apuntaba el TJUE en la Sentencia Rafael: “*Además, conforme a lo dispuesto en la Directiva 2001/29 y en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el derecho de comunicación al público incluye la puesta a disposición del público de las obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. El derecho de poner la obra a disposición del público y,*

²¹²⁴ Sobre el reconocimiento explícito de este derecho, la Ley 23/2006 explica en su Preámbulo que: “*La novedad más destacable en el catálogo de derechos está representada por el reconocimiento explícito en esta ley del derecho de puesta a disposición interactiva, es decir, aquel en virtud del cual cualquier persona puede acceder a las obras desde el lugar y en el momento que elija. Constituye ésta una modalidad del actual derecho de comunicación pública que, teniendo en cuenta los amplios términos en los que el derecho está definido en el texto refundido, se ha venido entendiendo que quedaba incluida en él. No obstante, se incluye expresamente, en aras de la claridad y de una mayor seguridad jurídica, lo previsto en la Directiva en sus justos términos, por lo que la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de esta ley. Conforme a ello, se atribuye expresamente a los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión y a los productores, sean de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, un derecho exclusivo sobre esta modalidad de comunicación pública*”.

por tanto, de comunicarla al público quedaría manifiestamente desprovisto de contenido si no abarcara también las comunicaciones efectuadas en lugares privados” ²¹²⁵ . Estos lugares privados de los que habla el TJUE, pueden ser lugares físicos (el domicilio del usuario), pero también virtuales (una red P2P).

Es entonces, en este contexto en el que surge una tercera opción intermedia que supera las alternativas uso privado/uso público, que no sería otro que el “*uso colectivo*”, y que quedaría indefectiblemente ligado en la era digital en Red al derecho de puesta a disposición. Este convencimiento nace en mí tras la reflexión posterior a la lectura del siguiente párrafo de KARAPAPA:

“Indicativa, aunque más restrictiva, es la posición adoptada por Francia y España, cuyas leyes sobre Derecho de Autor prohíben usos colectivos. De manera interesante, estas legislaciones no se refieren al “público” [las comillas son mías] sino a los usos colectivos. Mientras los usos públicos ciertamente no se hallan cubiertos por el límite de copia privada, el mecanismo [legal] de esta limitación deja de operar cuando el uso se solapa con un ánimo colectivista. ¿Pero son entonces los usos colectivos una forma [de uso] intermedia entre los usos públicos y privados? De hecho sí que lo son. [Los usos colectivos] Se refieren a usos realizados en el contexto de la comunicación de obras a un lugar y en un momento elegido de manera individual por parte de los usuarios finales. Mientras que el derecho de puesta a disposición se dirige de manera específica a la carga de contenido sujeto al Derecho de Autor en línea, resulta altamente probable que las obras cargadas [“subidas”] (incluso cuando no estén a disposición del “público” en general) alcanzarán a una colectividad de individuos que excediera el círculo familiar, Un círculo que se considera como privado dentro el significado de la Ley sobre Derecho de Autor francesa. La legislación francesa y la jurisprudencia indican que los usos permisibles no deberían exceder la esfera estrictamente personal del copista y su círculo privado, es decir, sus relaciones cercanas, tal y como sería su familia. Puesto que el término “privado” se concibe como referente a un dominio en el cual los usos colectivos no deben tener lugar,

²¹²⁵ Sentencia Del TJUE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles, S.A., asunto C-306/05. Punto 51.

*un copista que pone las obras a disposición [colectiva] no se puede beneficiar del límite de copia privada”*²¹²⁶.

Es decir, que los usos colectivos en la Red representarían los casos en los que el ámbito en que se realiza la comunicación de la obra exceda del estrictamente doméstico (en cualesquiera de las concepciones posibles en cuanto a su alcance, incluidos los lazos de amistad cercana), puesto que tales casos alcanzarían a un número menor de usuarios que el “público” considerado en su totalidad. Por ejemplo, los usos circunscritos a “clubs” virtuales en línea (básicamente servicios de intercomunicación) a los que pertenecerían un grupo de usuarios más o menos numeroso (de las decenas de usuarios a las decenas o centenas de millones). Finalmente, los usos colectivos abarcarían las situaciones en las que se exigiera un mayor número de requisitos para acceder a la pertenencia a tal “club”, puesto que cuando tal pertenencia estuviere potencialmente y en la práctica disponible para todos los usuarios deberíamos hablar en puridad de “*usos públicos*”. Así, la puesta a disposición de una obra sujeta al Derecho de Autor a través de una red P2P representaría un uso colectivo, y la fijación y posterior comunicación de tal obra en una web de almacenamiento también, siempre que tal comunicación posterior de la obra almacenada no se encontrara abierta a los usuarios más que mediante un determinado servicio (Ej. MEGAUPLOAD Y MEGAVIDEO²¹²⁷), y probablemente también la puesta a disposición a través de cualquier tipo de servicio cuyo ámbito de alcance fuera mayor que el que representa el ámbito doméstico o menor que el público en general²¹²⁸.

²¹²⁶ “*Indicative, yet more restrictive, is the position adopted by France and Spain, the Copyright Acts of which prohibit collective uses. Interestingly, these statutes do not refer to public but to collective uses. Whereas public uses are certainly not covered by the private copying limitation, the mechanism of this limitation ceases to function where the use touches upon collective aims. But are collective uses an intermediate form of use, placed somewhere between private and public uses? As a matter of fact, they are. They refer to uses made in the context of communicating works from a place and a time individually chosen by end users. Since the making available right is specifically directed at the uploading of copyright content online, it is highly likely that the uploaded works—even where they are not available to the “public” at large—shall reach a collectivity of individuals exceeding the familial circle, a circle which is considered to be private within the meaning of the French Copyright Act. French legislation and case law indicate that permissible uses should not exceed the strictly personal sphere of the copier and their private circle, namely their close relations, such as their family. Since the term “private” is conceived as referring to a domain where collective uses do not have a place, a copier that makes works available cannot benefit from the private copying limitation*”. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 62-63. (Traducción del autor).

²¹²⁷ MEGAVIDEO ofrecía a los usuarios suscripciones “Premium” con acceso ilimitado, pero también acceso restringido a los no socios, que podían visionar los videos almacenados en la web de almacenamiento por 72 minutos ininterrumpidos cada vez.

²¹²⁸ Visionar un video en YOUTUBE es un uso público, ya que todos los usuarios pueden en principio acceder a él en cualquier momento sin mayores restricciones; a diferencia de “colgar” un video, para lo que se necesitan algunos

Lamentablemente, si esta fue una vez la voluntad del Legislador, se perdió en el laberinto legal construido por causa de la vaga y deficiente redacción del límite de copia privada. Como hemos indicado al analizar las medidas tecnológicas de protección, el artículo 31.2 de la LPI en su redacción actual se remite sólo de manera muy secundaria y oblicua a los nuevos modelos de negocio en Red consistente en la puesta a disposición de obras bajo licencia de manera interactiva, ya que este artículo disponía que la compensación equitativa “*deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161*”. Una vez revisado el artículo 161 de la LPI, se puede comprobar que determina que los titulares de derecho deberán proporcionar a los usuarios los métodos de ejercer efectivamente el límite de copia privada cuando la obra estuviera protegida por medidas tecnológicas; excepto en los casos incluidos en su punto 5, que dispone que “*Lo establecido en los apartados anteriores de este artículo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija*”. Es decir, que en la LPI se establece un derecho (el de reproducción del artículo 18), un límite a tal derecho (el de copia privada del 31.2), una reafirmación del ejercicio efectivo del límite (artículo 161.1), y una excepción a tal reafirmación (artículo 161.5). Ciertamente, la LPI no goza de la claridad necesaria para que la inmensa mayoría de los usuarios, sin conocimientos avanzados de derecho ni de las leyes sobre propiedad intelectual puedan comprender en toda su extensión y de manera precisa a qué y cuando les habilita el límite. Cabe suponer que lo que el legislador quería expresar a través de esta “*long and winding legal road*” es que la puesta a disposición interactiva en la Red bajo autorización o licencia no se encuentra sujeta al límite de copia privada. No obstante, es de señalar que estos actos requieren la concurrencia simultánea de tres requisitos: la puesta a disposición (primer requisito), interactiva (segundo requisito), y bajo licencia del titular de derechos (tercer requisito) de la obra ²¹²⁹. Estos actos, digo, son los únicos actos de puesta a disposición que parecen encontrarse exentos legalmente de la aplicación del límite de copia privada según la normativa vigente. Con respecto al resto de actos de puesta a disposición, incluyendo los

requisitos previos (abrir una cuenta, acceder a las condiciones de contratación, etc.). Quizá copiar y pegar un enlace de YOUTUBE en una red social en la que un número restringido de “amigos” del usuario puedan acceder a él sea un uso “colectivo” de la obra; desde luego subir una obra a una Red P2P lo es..

²¹²⁹ El Inf. CGJP sobre el Anteproyecto de Ley de reforma de la LPI criticaba que no se hubiera añadido un cuarto requisito: la adopción de medidas tecnológicas de protección.

que se realizan sin licencia y al amparo del límite, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas.

Así, frente a la tesis de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado y de algunos tribunales, consistente en que mientras el acto de subir obras a una Red P2P habría de ser considerado una utilización colectiva de la obra, y mientras que las descargas se considerarían por parte de la Circular copias lícitas realizadas bajo la protección del límite de copia privada, cabría preguntarse si la copia de la que se hace un uso estrictamente “colectivo” deviene ilícita, ¿Cómo puede predicarse de la reproducción hecha de ella el carácter de copia privada, que requiere un “acceso legal”? En este sentido, SANCHEZ ARISTI apunta acertadamente que *“se ha especulado sobre la posibilidad de acogerse, sólo por lo que respecta a la fase de descarga de los archivos puestos a disposición del público por otros usuarios, al límite de copia privada, pues a tal uso destinaría el usuario el archivo descargado. Sin embargo, más allá de que los archivos descargados pasen normalmente a engrosar la carpeta compartida del usuario en cuestión (en muchos casos el programa obliga a ello para poder efectuar las descargas, por lo que ni siquiera son actos separables), lo que impediría considerar esas copias como privadas dada la evidente utilización colectiva que de ellas se estaría haciendo”*. Sin embargo, CARBAJO GASCÓN niega el carácter de utilización inherentemente colectiva de los actos consistentes en compartir copias de manera no autorizada a través de sistemas P2P. Dice CARBAJO GASCÓN que *“El argumento de que las copias en sistemas P2P no son copias privadas por hacerse real o potencialmente de una utilización colectiva de las mismas es más que discutible. Este argumento constituye, en realidad, una interpretación forzada del espíritu y finalidad de la Ley (artículo 31.2 del TRLPI), que está pensado para la utilización de copias dentro una empresa, universidad, etc.; es decir, en un uso colectivo limitado que queda lejos de ese «peculiar» uso colectivo «global» que tendría lugar a través de plataformas P2P. El usuario de un sistema P2P busca verdaderamente copiar fácilmente y a bajo coste para uso privado (sea en grandes cantidades o de forma selectiva). El hecho de que por introducirse en el sistema comparta sus archivos con millares o millones de usuarios anónimos que es una circunstancia inherente a la tecnología del sistema, el cual, además, da la*

posibilidad de impedir o restringir ese uso compartido colectivo”^{2130 2131}. Lo que olvida este último autor (además de que efectivamente, tal y como señala SANCHEZ ARISTI, muchas redes P2P, como por ejemplo las basadas en el sistema TORRENT, obligarán al usuario a compartir la obra al menos hasta que esta termine de descargarse completamente) es que las redes P2P son perfectamente aceptables en el vacío conceptual (y se han utilizado para fines muy nobles, como por ejemplo para compartir avances científicos por laboratorios localizados en diversas partes del mundo); pero en el contexto de su aplicación a la diseminación de contenido sujeto al Derecho de Autor, su objetivo último es precisamente la utilización colectiva de las obras a través de ellas (la comunicación, en su modalidad de puesta disposición, por un lado, y su reproducción, por el otro). Sin este uso colectivo (y más de un 90% de las ocasiones ilícito, o al menos no autorizado, por hallarse casi siempre en la práctica las obras objeto de intercambio digital sujetas al Derecho de Autor), las redes P2P carecerían de utilidad práctica para la inmensa mayoría de los usuarios que las utilizan diariamente, y muy posiblemente ni el profesor CARBAJO GASCÓN, ni el profesor SÁNCHEZ ARISTI, ni (modestamente) yo mismo, nos habríamos preocupado de teorizar sobre la naturaleza jurídica de su uso.

A la falta de determinación de esta ilicitud evidente de estos actos de puesta a disposición y reproducción no autorizada ha contribuido asimismo el que, dada la falta de consenso en lo tocante a la definición de lo que sea el elemento del uso colectivo, y de que muchos sectores de la comunidad jurídica lo consideraran irrelevante, por razón de su propia historia, y a pesar de que el artículo 31.2 de la LPI resulte bastante claro al respecto, ya que exige que no se realice “*una utilización colectiva ni lucrativa*”, y no “*una utilización colectiva y lucrativa*”, o bien se ha desdeñado el elemento del “*uso colectivo*” directamente, o bien se ha estimado que se habría de considerar cumulativamente con el uso lucrativo como requisito para negar a una reproducción el estatus de copia privada, afirmándose repetidamente que las copias de las que se realizara un uso

²¹³⁰ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 16, 2004. Pág. 51.

²¹³¹ La tesis final de CARBAJO GASCÓN, obviamente, es que “*nos encontramos, en definitiva, ante una situación parecida a la que en su día se planteó con la copia privada analógica: no se puede impedir eficazmente, entonces no tiene sentido prohibirla legalmente, pero sí que es posible arbitrar mecanismos o sistemas que permitan algún tipo de remuneración compensatoria o equitativa*”. Es decir, de nuevo la tesis posibilista. CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 16, 2004. Pág. 52.

colectivo pero no lucrativo resultarían lícitas. Por tanto, de nuevo la propia indeterminación de la redacción del límite provoca que un elemento o requisito legal, que creemos estaba específicamente destinado a impedir la infracción masiva de los derechos de los autores y de los asimilados legales sobre su obra, se haya convertido en papel mojado en la práctica en nuestro país.

El AMLPI 2013, de aprobarse, hubiera venido de nuevo a corregir la indeterminación del elemento del “uso colectivo” que existe en la Ley vigente de diversas maneras. Si recordamos, esta modificación prevista sobre el límite de copia privada hubiera creado un artículo 31.2 c) de la LPI con la siguiente redacción:

“2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa”.

Redacción que se mantiene relativamente en este punto tras la modificación realizada sobre el Anteproyecto por parte del Proyecto de Ley:

“2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio”.

Bien, pues de esta redacción se pueden sacar las siguientes consecuencias:

- a) El requisito legal de que todos los requisitos o elementos legales del límite (que el artículo llama circunstancias) concurren “*simultáneamente*” termina de manera implícita con las teorías que consideraban el elemento de uso colectivo o bien redundante porque se deducía “*a contrario sensu*” de la propia expresión “*uso privado*” (concepción binaria), o bien una rémora del pasado.

- b) El requisito de la “*simultaneidad*” también implica que el uso colectivo se haya de leer en consonancia con las demás restricciones que el artículo realiza sobre el límite de copia privada, especialmente las operadas sobre el elemento del “acceso legal”, lo que implica que el uso colectivo signifique una “*restricción sobre una restricción*” operada sobre el ámbito de actuación del límite. Puesto que el requisito o elemento de “uso colectivo” opera con posterioridad a la realización de la reproducción, habrá que colegir que todos los elementos o requisitos han de existir o de cumplirse durante toda la vida hábil de una reproducción para que podamos hablar de copia privada.

- c) La inclusión del elemento de la interdicción del uso colectivo en un apartado separado que comparte con la del uso lucrativo, y con el de la distribución mediante precio resulta positiva, aunque esta redacción no es ideal, ya que la importancia del elemento hubiera requerido apartado independiente (máxime cuando, como hemos señalado más arriba, han existido controversias doctrinales con respecto a si ambos elementos eran independientes entre sí –qué lo son-). No obstante, esta sistematización del artículo indica con mucha más claridad que el uso colectivo ha de realizarse en un momento posterior a la reproducción, y que hacerlo termina con, o anula legalmente el estatus de copia privada de tal reproducción. Por tanto, la afortunada inclusión de los elementos del límite en el punto 2 del nuevo artículo 31, dejando las excepciones al mismo para el nuevo punto 3, y sujeto todo ello a fórmula “*simultáneamente*” imprime al artículo un carácter mucho más definido en cuanto a sus exigencias (restrictivas), dejando poco margen para la argumentación sobre cuál habría sido la intención última del legislador ²¹³².

²¹³² No faltará quien argumente que dado que el artículo emplea el término “*simultáneamente*”, todos los elementos han de darse sólo en el momento de la reproducción; cuando resulta claro que el requisito de simultaneidad está diseñado para que todos los elementos o requisitos se exijan durante toda la vida de la copia privada. Si todos los

- d) La inclusión de la fórmula “*ni de distribución mediante precio*” que realiza el PMLPI 2104 en el propuesto artículo 31.2 c) de la LPI resulta bastante superflua, ya que obviamente intenta denegar el carácter de copias privadas a las que se distribuyan vía “top manta”. Este era precisamente uno de los supuestos que a nadie se le había ocurrido defender se encontraban cubiertos por el límite de copia privada, y que además se hallaban más que cubiertos tanto por el requisito de que de la reproducción obtenida al amparo del límite se realice un “uso colectivo”, como por la de que se realice un uso lucrativo. Resulta tan difícil aprehender las razones que han motivado al prelegislador a realizar algunas dudosas modificaciones sobre el Proyecto de Ley (como esta misma) con respecto al Anteproyecto, como fácil de descorazonarse ante los potenciales, sucesivos y negativos cambios que se operarán durante su tramitación, y que sin duda “descafeinarán” una reforma legislativa que al menos resultaba medianamente coherente. La inmensa mayoría de las modificaciones operadas por el PMLPI 2104 con respecto al Anteproyecto de Ley desnaturalizan la reforma y la dirigen de nuevo hacia la vaguedad y la indefinición. Justo lo que España no se puede permitir en estos momentos.
- e) El Proyecto de Ley al restaurar los artículos 161.1 a) y 164 de la LPI con respecto al Anteproyecto, que las excluía, y según se infiere de su desafortunada propuesta para el futuro artículo 31.2 b) 2º, deja muy poco claro cuáles son exactamente las comunicaciones públicas de las que se puede realizar lícitamente una copia privada; incidiendo por tanto de manera indirecta (y negativa) en la clarificación de lo que sea “uso colectivo” que era una de las mayores virtudes del Anteproyecto de Ley.

6.3.2.5 **Que el uso que realice de la obra la persona física copista no sea lucrativo.**

Los derechos de explotación, tal y como hemos visto a lo largo de este trabajo, son derechos de naturaleza esencialmente económica. Por tanto, no es de extrañar que todas las infracciones que se realicen de estos derechos se encuentren asimismo directa, íntima, y sustancialmente relacionadas

requisitos se cumplen a la vez, la reproducción conservará su estatus de copia privada “*ad eternum*”; y si tal cosa no ocurre lo perderá en el mismo momento en que falte uno sólo de los elementos, o que se incumpla uno de los requisitos.

con tal naturaleza económica, fundamentalmente con el perjuicio económico que los titulares de derechos de explotación sufrirán por causa de ellas. Los derechos de explotación sobre una obra sólo se actualizan de manera efectiva mediante su comercialización en el mercado; es decir, estamos hablando de derechos de explotación que se han de perfeccionar necesariamente en el marco de una economía de mercado. A diferencia de lo que sucede en el mundo analógico, en el que existen modalidades de derechos de explotación que no precisan de la realización de reproducciones de una obra para su ejercicio (Ej., una representación teatral constituye el perfeccionamiento del ejercicio del derecho de comunicación del artículo 20 de la LPI), en la era digital, el objeto de derecho equivalente a la “cosa” ²¹³³ en el ámbito de los derechos reales es la copia, que se distribuye (Ej. mediante DVD’s), se comunica (Ej. mediante una película que se emite en HD por televisión, pero también mediante un video de YOUTUBE), o se pone a disposición de los usuarios (tomemos la misma película del ejemplo anterior, que se ofrece para su visionado vía “streaming” en NETFLIX).

No obstante, a diferencia de lo que ocurre en la propiedad real, aquí la “cosa” no desaparece por cuenta de su consumo, puesto que ni la naturaleza ni las características de una obra de creación son análogas a las de un bien consumible. El titular de derechos de explotación no pierde su obra (el objeto de derecho) si autoriza su reproducción, ni tampoco pierde la posibilidad de que se realicen más copias de la misma en actos de reproducción independientes. Es por ello que muchas personas, de manera alternativamente desinformada o interesada (o incluso ambas), aplican el sistema de costes marginales de distribución de la teoría económica sobre el mercado de “cosas” físicas cuando se refieren a los derechos de explotación sobre obras de creación, refiriéndose al coste cero y a otros conceptos de teoría económica inaplicables en este ámbito, puesto que los derechos de explotación en el Derecho de Autor, y tanto en el mundo analógico como digital, no son “derechos sobre una cosa”, sino “derechos sobre un derecho”: el derecho de los autores y asimilados legales a autorizar o prohibir (a terceros) la reproducción, distribución, comunicación o puesta a disposición de sus obras a (o de) terceros. Es por ello también que en el ámbito digital, lo que tiene realmente valor económico para los autores y sus asimilados legales no es estrictamente realizar la distribución o comunicación de una copia, sino el derecho a autorizar la

²¹³³ Cosa: “*Objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales*”. Diccionario de la RAE. Vigésimo segunda edición.

realización o la comunicación de una copia ²¹³⁴, o la facultad de poderlas prohibir. Es a través del ejercicio real de este “*ius prohibendi*” que el Derecho de Autor les otorga sobre su obra, y que implica las facultades de autorizar la reproducción, distribución, o comunicación sobre ella, a cambio normalmente de una contraprestación económica, como se perfecciona su derecho. Tal compensación no difiere de la que todos esperamos recibir por nuestro trabajo, con lo que los titulares de derechos de autor pueden dedicarse a crear o producir nuevas obras, puesto que es también así como los productores de obras de creación recuperan su inversión, pudiendo asimismo reinvertirla en nuevas producciones. Es por ello pues, que la infracción de estos derechos de explotación es el equivalente casi perfecto del hurto en el mundo real, puesto que estamos ante una apropiación indebida del objeto de un derecho de propiedad. También es por ello que el ánimo de lucro, los fines comerciales, resultan piezas claves en el análisis de las distintas infracciones que se puedan realizar sobre un derecho de explotación; puesto que si tales fines existen, el infractor estará intentando suplantar al titular de derechos de autor sobre una obra como sujeto de sus derechos de explotación, lo cual es quizá una de las más indignas modalidades de competencia desleal que existen, no tanto por el daño económico resultante, sino por el detrimento que provoca al acervo cultural común de una determinada comunidad o país. En el caso de España, además estas infracciones llevan aparejadas una degradación moral profunda de la sociedad, puesto que si los ciudadanos se están acostumbrados a no respetar la propiedad (cualquier clase de propiedad) en sus vidas diarias, no es de esperar que respeten la propiedad común o pública si terminaren alcanzando puestos de responsabilidad en la sociedad. Los usos lucrativos de los usuarios que no impliquen ganancia económica directa o indirecta para ellos, sino un ahorro pecuniario resultante de no tener que adquirir la obra en el mercado, representarían el escalón menor de esta realidad, puesto que tomados de manera individual puede ser que ocasionen un perjuicio económico mínimo al titular de derechos, pero tomados de forma agregada significan su ruina. Estos usos son los más dañinos moralmente para una sociedad determinada.

Por tanto, no es de extrañar que el elemento del “lucro” (y el del “ánimo de lucro”) en sus diversas modalidades juegue un papel central en el marco de las infracciones penales contra la propiedad

²¹³⁴ Artículo 17 de la LPI: “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”.

intelectual ²¹³⁵, ni que el perjuicio económico sufrido por cuenta del límite a un derecho de explotación sancionado legalmente (el derecho de reproducción del artículo 18 de la LPI en España) sea el elemento fundamental de la compensación equitativa por copia privada (dado que limitar el “*ius prohibendi*” de un propietario sobre un derecho de explotación resulta análogo a limitar el pleno dominio de un propietario sobre una cosa en el mundo “real”). Resulta de todo punto lógico entonces que la ausencia de “*animus lucrandi*” resulte de capital importancia en el marco del estudio del límite de copia privada, puesto que lo último para lo que se debería utilizar el límite sería para que su supuesto beneficiario suplantara al titular de derechos de explotación sobre una obra en su legítimo ejercicio ²¹³⁶. De ahí que hablemos (con toda propiedad) de que este límite, interpretado a través del prisma de un posibilismo mal enfocado, legaliza de hecho la piratería.

Al analizar las disposiciones de la DDASI con respecto al tema que nos ocupa anteriormente en este mismo trabajo, habíamos apuntado que esta Directiva disponía en su artículo 5.2 b) que los Estados miembros que adoptasen en sus respectivas legislaciones el límite de copia privada, deberían incluir en su desarrollo legislativo el elemento/requisito relativo a que la reproducción se realizare por parte del usuario “*sin fines directa o indirectamente comerciales*”; elemento cuya delimitación conceptual no ha resultado en absoluto pacífica. Incluso en la propia DDASI, la utilización de la fórmula “*sin fines directa o indirectamente comerciales*” no es la originariamente prevista. La Propuesta del Consejo Europeo de 1998 relativa a la futura redacción del artículo 5.2 b) de la Directiva establecía el límite al derecho de reproducción “*en relación con reproducciones en soportes de grabación sonora, visual o audiovisual efectuadas por una persona física para uso*

²¹³⁵ Ya vimos en su momento como la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado desvirtuó el elemento del “ánimo de lucro” en contra de reiterada jurisprudencia del tribunal supremo a estos efectos. Ver Págs. 236 y ss.

²¹³⁶ Aunque esta exigencia de que la reproducción no se utilice para fines lucrativos no es la más importante, puesto que como señala KARAPAPA “*Allí donde el uso no es privado, no se requiere examinar su carácter no comercial. Esto es porque los usos públicos de un contenido sujeto al Derecho de Autor seguramente serán declarados ilícitos tras un examen por parte del tribunal, debido al hecho de que la mayoría de los derechos de explotación derecho autor implican el concepto del público, y se hacen efectivos tan pronto cuando un público resulta implicado*”. “*Where the use is not private, examining its non-commercial character is not required. This is because public uses of copyright content will most likely be held infringing at Court examination due to the fact that most exploitation rights in copyright entail the concept of the public and take effect as soon as a public is involved*”. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 30. (Traducción del autor).

privado y sin fines lucrativos”²¹³⁷. Por tanto, al adoptarse la redacción actual²¹³⁸, según explica KARAPAPA, “*la ausencia de un propósito comercial garantiza su carácter privado [el de la copia realizada al amparo del límite]*”²¹³⁹. Resulta de gran importancia subrayar que la gran mayoría de la doctrina coincide en que, debido a la llamada “*doctrina de la interpretación conforme*”²¹⁴⁰, y a pesar de que la redacción del artículo 31.2 de la LPI difiere en su literalidad de aquella de la DDASI, la exigencia de la LPI respecto a que “*la copia obtenida no sea objeto de una interpretación lucrativa*” ha de interpretarse en cualquier caso en conformidad a la redacción de límite incluida en la DDASI²¹⁴¹. Así, GARROTE entiende que “*De ahí se desprende que lo lucrativo*”²¹⁴² *también engloba lo directa o indirectamente comercial*²¹⁴³, *no únicamente una distribución mediante precio, como expresamente señala el art. 10.1 b) del R.D. 1434/1992*”²¹⁴⁴. Por su parte MARTÍN SALAMANCA opina que “*entre otras ventajas, cuenta esta interpretación con la de abarcar cualquier género de beneficio comercial, incluso no monetario*”²¹⁴⁵. Además, KARAPAPA entiende que el requisito de que los usuarios no realicen un “uso comercial” de la copia privada se halla íntimamente ligado a la era digital. De hecho, con anterioridad a la promulgación de la DDASI muchos de los Estados miembros que reconocían la

²¹³⁷ Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo Relativa a la Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información /* COM/97/0628 final - COD 97/0359. (Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51997PC0628:ES:HTML>). (consultada por última vez el 13 de julio de 2013).

²¹³⁸ En la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (9512/1/2000 2 C5-0520/2000 2 1997/0359(COD))

²¹³⁹ “...*the absence of commercial purpose guarantees its private character*”. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 30. (Traducción del autor).

²¹⁴⁰ Ver LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 228. Nota al pie de página nº 705.

²¹⁴¹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 86. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 228.

²¹⁴² En itálica en el original.

²¹⁴³ Ídem.

²¹⁴⁴ “A los efectos de lo dispuesto en el presente título, no tiene la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del apartado 2 del artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual:

a) *Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización.*

b) *Las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio*”.

²¹⁴⁵ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 86.

²¹⁴⁶ MARTÍN, SALAMANCA, SARA, «Límites a los derechos de explotación (I)». (2009), (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. Pág. 213.

copia privada en sus respectivas legislaciones admitían que se pudieran realizar usos comerciales de las mismas, o por lo menos no exigían el requisito de la no-comercialidad ²¹⁴⁷. Esta circunstancia resulta claramente indicativa de que la introducción del elemento de la “no-comercialidad” por el legislador comunitario no resulta ni mucho menos casual. Para CARBAJO GASCÓN la introducción del requisito de que la copia no se destine a fines “*indirectamente comerciales*” en la Directiva “*tiene un nítido origen en el caso Napster, prestador de servicios de intercambio de ficheros musicales que no interviene directamente en dicho intercambio (lo cual sería una finalidad comercial directa), sino que se limita a poner a disposición una plataforma tecnológica para facilitar y fomentar ese intercambio a nivel mundial, obteniendo sus ingresos indirectamente por medio de la publicidad (“banners” publicitarios) o por el número de visitas. Se habla así de esta previsión como una enmienda “antinapster”*” ²¹⁴⁸. Por ello, podemos afirmar que de todos los elementos relativos al límite de copia privada que se hallan contenidos en el artículo 31.2 de la LPI, este es uno de los más ligados al ámbito digital, además de uno de los que poseen una mayor inspiración comunitaria, y consecuentemente uno de los elementos del límite en los que se ha de mirar con mayor atención en dirección a la legislación comunitaria para aprehender su significado.

En España no obstante, como ya observamos al examinar el elemento de la prohibición del “uso colectivo” de la reproducción por parte de los usuarios, la introducción del requisito o elemento que prohíbe un “uso lucrativo” de la copia ya existía con anterioridad a la promulgación de la DDASI en el ordenamiento jurídico español, puesto que tiene su origen en la LPI de 1987. Sin embargo, tal y como nos explica MARÍN LÓPEZ, el primer borrador del Anteproyecto de Ley de Reforma del TRLPI de 1996 (que acabaría cristalizándose en la Ley 23/2006) de noviembre de 2002 ²¹⁴⁹ utilizaba la fórmula “*sin fines directa o indirectamente comerciales y la copia privada no sea objeto de utilización colectiva*”, suprimiendo la referencia a la interdicción del “uso lucrativo” sobre la copia obtenida. Tampoco se aceptó durante el proceso de aprobación de la Ley 23/2006 alguna que otra enmienda presentada en el Congreso de los Diputados, y que habría

²¹⁴⁷ KARAPAPA enumera entre estos países Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Francia, Grecia, Irlanda, Liechtenstein, Polonia, Portugal, Reino unido, y Suiza. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 81. Nota al pie de página nº 12.

²¹⁴⁸ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 48.

²¹⁴⁹ MARÍN LÓPEZ lo data en noviembre de 2003.

pretendido incluir en la redacción del artículo 31.2 la fórmula relativa a los “fines directa o indirectamente comerciales”, a imagen y semejanza de la redacción incluida en el artículo 5.2 b) de la DDASI ²¹⁵⁰.

De acuerdo con la opinión de KARAPAPA “*Las infracciones acarreadas a escala comercial se caracterizan por dos elementos principales. El primero requiere que tengan lugar un conjunto o de actividades que infrinjan los derechos de autor. Estas son la reproducción y distribución de obras sin la autorización del titular de derechos [...] puesto en términos del Derecho de Autor, un acto de distribución, comunicación u otra forma de puesta a disposición del público de una obra. El segundo elemento que distingue los usos comerciales con los de copia permisible es el carácter lucrativo de un uso*” ²¹⁵¹. GONZÁLEZ DE ALAIZA entiende que existe una jerarquía en cuanto a la gravedad de los usos lucrativos, y que se dividiría en cuatro grados diferentes: de mayor a menor gravedad: piratería, explotación comercial, uso profesional, y “*copias de sustitución*” ²¹⁵².

Tanto GONZÁLEZ DE ALAIZA como GARROTE defienden que por piratería se ha de entender la distribución no autorizada de ejemplares de la obra, normalmente mediante precio ²¹⁵³. Ambos

²¹⁵⁰ En concreto se rechazaron tres enmiendas: la número 87 del Grupo Parlamentario Socialista; la número 90 del Grupo Parlamentario Catalán; y la número 107 del Grupo Parlamentario Popular. En la parte relativa a la justificación de la enmienda el Grupo Parlamentario Socialista utilizaba la rutinaria justificación relativa a la realización de “*una mejora técnica*”; mientras que el Grupo Parlamentario Catalán argumentaba que “*La propuesta relativa a la inclusión de «fines directa o indirectamente comerciales...» recoge textualmente lo dispuesto por el artículo 5.2.b, de la Directiva*”; y a su vez el Grupo Parlamentario Popular justificaba su enmienda explicando que “*Es más claro «fines directa o indirectamente comerciales» que el término lucrativo, de más difícil interpretación*”. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 30 de noviembre de 2005, serie A, núm. 44-10, pág. 55. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_044-10.PDF. (Consultado por última vez el 13 de junio de 2013).

²¹⁵¹ “*Infringements carried out on a commercial scale are characterized by two main elements. The first one requires a set of copyright infringing activities to take place. Those are the reproduction and distribution of works without the authorization of the copyright holder [...] put in copyright terms, an act of distribution, communication or other form of making a work available to the public. The second element that distinguishes commercial uses from permissible copying is the profit-making character of the use*”. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 84-85. (Traducción del autor).

²¹⁵² GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 180.

²¹⁵³ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 226; GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 86.

parecen basarse en el artículo 10.1 b) del Real Decreto 1434/1992 ²¹⁵⁴ que desarrollaba el artículo 25 de la LPI de 1987 (el dedicado a la conocida entonces como remuneración compensatoria), y que excluía del límite de copia privada las copias distribuidas “*mediante precio*”. Esta es una definición demasiado formalista y anticuada, que además excluye los problemas que se plantean hoy en el mundo digital en la Red, puesto que el artículo 19 de la LPI predetermina con claridad que sólo puede existir distribución de las obras fijadas en un soporte tangible ²¹⁵⁵. Dejando de lado los fenómenos (en remisión) de distribución callejera de reproducciones no autorizadas fijadas en un soporte tangible a escala comercial (por ejemplo: el denominado “top manta”), y sin menospreciar el menoscabo que tal actividad supone para los titulares de derechos, la “parte del león” de la piratería mundial se lleva a cabo mediante la puesta a disposición no autorizada de contenido protegido a través de la Red. En el caso de las obras audiovisuales, la puesta a disposición no autorizada “*online*” constituye además en la mayoría de las ocasiones la “copia fuente” para las copias piratas que posteriormente se distribuirán en la calle. Consecuentemente, no puedo estar más de acuerdo con el siguiente párrafo de MARTÍN PRAT:

“Ciertamente, no resultaría una sorpresa si digo que para la industria discográfica, el nivel presente de diseminación incontrolada [de fonogramas], contrapuesto a la diseminación controlada representa un problema mayor. Lo que se ha descrito aquí como sistemas de diseminación incontrolada equivale prácticamente (no siempre) a lo que nosotros llamamos piratería. Por supuesto podríamos pensar de casos donde las compañías discográficas eligen diseminar algún contenido de su propiedad gratis, pudiera darse el caso que otros titulares de derecho decidiera hacer lo mismo. Pero la inmensa mayoría de los usos incontrolados que se ven ahí fuera [en la Red] no son gratis porque

²¹⁵⁴ Artículo 10.1 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio:

“A los efectos de lo dispuesto en el presente título, no tiene la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del apartado 2 del artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual:

a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización.
b) Las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio”.

²¹⁵⁵ No obstante, la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (en adelante Directiva 2004/48), señala en su Considerando 9º que “Las infracciones de los derechos de propiedad intelectual parecen hallarse cada vez más vinculadas a la delincuencia organizada. La utilización cada vez mayor de Internet permite una distribución instantánea y mundial de los productos pirateados”. Resulta claro que debería decir “puesta a disposición”.

la decisión ha sido tomada por el titular de derechos; simplemente no han sido objeto de ninguna decisión, y no se pueden caracterizar de otra manera que diciendo que representan piratería con toda las de la ley” ²¹⁵⁶ .

De ahí que a lo largo de todo este trabajo hayamos utilizado el término “piratería” como sinónimo de puesta a disposición y reproducción no autorizada en masa de obras de creación a través de la Red; porque, a pesar de que tomadas individualmente el lucro que estas reproducciones representan para el usuario pudiera encuadrarse en el nivel más bajo de la clasificación desarrollada por GONZÁLEZ DE ALAIZA (es decir, el de “copia de sustitución”), tomadas en su conjunto tampoco albergo ninguna duda de que merecen ser calificadas como piratería ²¹⁵⁷ .

Es por todo lo expuesto que a efectos de este trabajo voy a integrar en uno los grados de piratería y explotación no autorizada a escala comercial, ya que pienso honestamente que no existe diferencia alguna entre ellos. De todas las definiciones de piratería, la que más ajustada me parece es la que realizaron DAVIS y HUNG, “piratería es la copia no autorizada realizada para su explotación comercial” ²¹⁵⁸ . En esta definición cabe la actividad realizada tanto por los promotores de webs P2P y de almacenamiento como la de las webs de enlaces, y además es perfectamente compatible con la DDASI, puesto que el lucro comercial puede ser directo o indirecto. Sin embargo, “*senso strictu*”, los actos de la mayoría de los usuarios que ponen a disposición o descargan de manera no autorizada archivos que contienen obras protegidas por el

²¹⁵⁶ “It certainly will not come as a surprise if I say that for the recording industry, the present level of uncontrolled dissemination versus controlled dissemination is a major problem. What has been described as uncontrolled dissemination systems here amounts mostly – not always – to what we call piracy. We could indeed think of cases where the record companies choose to disseminate some of their content for free, it might be the case that other right-holders decide to do the same. But the vast majority of uncontrolled uses that you see out there are not for free because the decision was taken by the right-holder, they have simply not been subject to any decision. They cannot be characterized in any way other than by saying that they represent fully fledged piracy”. MARTÍN-PRAT, MARÍA, «The Viewpoint of the Phonographic Industry». *Actas del congreso de ALAI 2003 en Budapest*, KJK-KERSZOV, Hungría, 2004. Pág. 94. (Traducción del autor).

²¹⁵⁷ Sin embargo, el Diccionario de la RAE, en su tercera acepción define “piratería” como “robo o destrucción de los bienes de alguien”; y define robo en su sentido jurídico de hurto con fuerza: “Delito que se comete apoderándose con ánimo de lucro de una cosa mueble ajena, empleándose violencia o intimidación sobre las personas, o fuerza en las cosas”. Por tanto en un sentido semántico puro, ni siquiera el “top manta” podría ser considerado como piratería. Diccionario de la RAE. 22ª Edición.

²¹⁵⁸ “...the unauthorized copying for commercial exploitation”. DAVIES, GUILLIAN y HUNG, MICHELLE E., *Music and Video Private Copying: An International Survey of the Problem and the Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, Págs. 1 y 4. Referenciado por KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Págs. 84. (Traducción del autor).

Derecho de Autor, no cabrían en esta definición de piratería; lo cual no significa que no estén cometiendo actos ilícitos desde el punto de vista civil, y (por qué no decirlo) deshonestos y reprochables desde el punto de vista ético. Además, tales actos son (han de ser necesariamente) considerados ilícitos (sobre todo en lo relativo a las descargas) para que se puedan considerar como ilícitos aquellos que los faciliten o instiguen, lo cual significa que en ningún caso deben estar amparados el límite de copia privada; ya que (no lo olvidemos) este escenario los convertiría en actos lícitos, y por tanto también resultaría lícita su facilitación u instigación.

Merece aceptación unánime la exigencia de que la copia no se destine a fines “directamente comerciales”, y así LÓPEZ MAZA entiende al respecto que “*Se trata de impedir el nacimiento de un mercado paralelo a la obra o prestación original, constituido por las reproducciones para uso privado, y que perjudicaría gravemente los intereses de los titulares*”²¹⁵⁹. Sin embargo, como hemos visto, de entre la a menudo contradictoria jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales en España, se pueden rescatar decisiones en las que se ha entendido que los ingresos derivados de la publicidad percibida por los propietarios de webs de enlace, que encajarían sin esfuerzo en la definición de beneficio comercial indirecto, no se han estimado judicialmente como “*lucro comercial*”. Sin embargo, en el seno comunitario, la Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del 12 de diciembre de 2006²¹⁶⁰ en su Enmienda nº 5 apuntaba a que “*Se entenderá por actos «a escala comercial» los llevados a cabo para obtener una ventaja económica o comercial directa o los llevados a cabo a tan gran escala que puedan causar directamente pérdidas importantes al titular de ese derecho*”. Es decir, se equipara la piratería en la Red con la piratería real en el mundo físico (la distribución “*sensu stricto*” de copias mediante precio), y además se incluye como factor crucial las pérdidas originadas al titular de derechos por cuanta de las reproducciones no autorizadas en masa. La Justificación de la Enmienda arroja aún más luz si cabe sobre lo que sean fines comerciales adaptados al ámbito digital en línea, ya que explica que “*La expresión «a escala comercial» es determinante para la definición de la*

²¹⁵⁹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 226.

²¹⁶⁰ Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del 12 de diciembre de 2006 para la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual (COM(2006)0168 – C6-0233/2005 – 2005/0127(COD)). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0073+0+DOC+XML+V0//ES>. (consultada por última vez el 15 de julio de 2013).

infracción. Tienen que definirse con exactitud. Debe incluir no sólo los actos que tienen una intención económica o comercial, sino también los actos graves de piratería a gran escala, es decir, para más que el uso individual o personal, que pueden no suponer ninguna ventaja económica para el infractor pero que pueden causar un daño muy sustancial al titular del derecho” ²¹⁶¹ La redacción del Proyecto de Resolución del Parlamento Europeo resultante, por su parte, señalaba que: “*Para los fines de la presente Directiva, se entenderá por «infracción a escala comercial» la infracción de un derecho de propiedad intelectual cometida con fines de lucro y que cause directamente pérdidas importantes al titular de este derecho*”. Es decir, que se elimina la referencia a los actos de reproducción no autorizada realizados de manera individual, que considerados en su conjunto son actos de piratería realizados a “*gran escala*” ²¹⁶².

Habíamos introducido y realizado un análisis previo sobre este punto, en este mismo trabajo, al hablar del primer factor del test del “*fair use*” ²¹⁶³. Decíamos allí que en EE.UU. el concepto jurídico de uso comercial no se equipara a la concepción de ánimo de lucro “*comercial*”, exigido por la Circular 1/2006 para interpretar el artículo 270 del Código Penal por parte de la Fiscalía General del Estado, y adoptado posteriormente por diversas Sentencias de Audiencias Provinciales españolas ²¹⁶⁴, sino más bien a la consistente y reiterada doctrina sobre ánimo de lucro que había establecido a lo largo de los años el TS (y que, como sabemos, consistía en “*Cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, de los bienes cuya apropiación pretendía, incluso los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia*” ²¹⁶⁵). No obstante, como asimismo vimos, la Circular 1/2006 señalaba que en los casos de infracción del Derecho de Autor a través de redes P2P el ánimo de lucro se habría de restringir a los casos en “*que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial*” ²¹⁶⁶, lo cual ha servido para declarar lícitas las actividades de diversas webs de enlaces, que se financiaban a través de la publicidad, puesto que su lucro no se consideró legalmente como “*lucro*

²¹⁶¹ Ídem.

²¹⁶² Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual COM(2006)0168 – C6-0233/2005 – 2005/0127(COD)). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0073+0+DOC+XML+V0//ES>. (Consultado por última vez el 15 de julio de 2013).

²¹⁶³ V. supra. Págs. 472 y ss.

²¹⁶⁴ V. supra. Págs. 236 y ss.

²¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1989, EDJ 1989/4257.

²¹⁶⁶ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Pág. 36.

comercial directo”. Por lo tanto, como se puede observar, la tendencia legislativa internacional y la realidad española iban hasta hace poco en sentidos divergentes, y esto a pesar de que el TS había fallado en alguna ocasión que “*Los antecedentes de estos preceptos derivados de los convenios internacionales a los que acaba de hacerse referencia llevan a la conclusión de que no sólo debe excluirse de concepto de copia privada aquélla que tiene un carácter propiamente mercantil por estar destinada al mercado, sino también aquella que, no estando destinada a esta finalidad, es capaz de lesionar seriamente el mercado editorial*”²¹⁶⁷.

Respecto al uso profesional CARBAJO GASCÓN entiende que “*una copia privada dejará de serlo si se intercambia por precio (...) o se introduce en el seno de un proceso productivo o actividad profesional*”²¹⁶⁸. No obstante, resulta del máximo interés la postura doctrinal defendida por GARROTE en el siguiente párrafo: “*Ello implica que en principio no pueda ser considerada como copia privada la realizada por una persona física, pero para uso profesional (por ejemplo, una copia hecha en CD de un artículo jurídico que un abogado usa para un caso que lleva su despacho). La copia se integra en un proceso productivo, de modo que en este caso existe claramente una finalidad indirectamente comercial o lucrativa, aunque posiblemente razones de conveniencia práctica (imposibilidad de control, ausencia de daño al mercado original) nos debería inclinar a considerarlas como copias autorizadas, dejando la remuneración de los autores en manos de la compensación equitativa del art. 25 de la LPI*”²¹⁶⁹. Esta inclusión de las copias destinadas a un uso profesional en el ámbito de actuación del límite de copia privada se llevó a cabo en la realidad española, hasta que la sentencia PADAWAN del TJUE dio al traste con este modelo alternativo y posibilista. Tanto el AMLPI 2013 como el PMLPI 2104 excluyen de manera explícita del límite de copia privada tales usos profesionales puesto que la redacción que ambos proponen del artículo 31.2 (más concretamente en su punto a)) exige de la reproducción realizada “*que se lleve a cabo por una persona física para su uso privado, no profesional ni empresarial*” (aunque el Proyecto de Ley añade al final del propuesto artículo 31.2 a) la fórmula “*y sin fines directa ni indirectamente comerciales*”).

²¹⁶⁷ STS 4505/2007 de 8 de junio de 2007. Pág. 29.

²¹⁶⁸ SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 12.

²¹⁶⁹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 87.

Nos quedaría hablar de las llamadas “*copias de sustitución*”, que son aquellas copias realizadas por los usuarios que se consideran “sustituyen” (valga la redundancia) en el mercado a su adquisición mediante precio de un original. Como hemos visto, las copias realizadas en el ámbito doméstico o familiar (cualquiera que sea el modelo de “*domus*” o de “*familia*” en que se desenvuelva el usuario, entre las diversas manifestaciones en las que este concepto se muestra en la sociedad actual), y aunque en rigor pueden ser consideradas copias de sustitución cuando estas no sean para uso personal del copista, quedan no obstante fuera del ámbito de los derechos de explotación utilizando una interpretación restrictiva, coherente con la historia del límite y con su finalidad aun hoy verdadera (la imposibilidad de control). Este tipo de usos resulta aceptable, puesto que es cierto que en rigor máximo, toda copia realizada por el usuario (incluso con fines estrictamente personales) es una copia de sustitución económicamente hablando, pero ningún legislador del mundo, y ningún titular de derechos, pretende que el usuario tenga que (por ejemplo) adquirir una obra en un formato diferente para satisfacer cada uno de los usos que desee hacer de la misma en formatos incompatibles con la copia original adquirida. Cosa distinta es que el uso lucrativo, o la ausencia de fines comerciales se identifique literalmente con la recepción por el usuario de una contraprestación económica, porque “*Si la no comercialidad se recibiera como falta de beneficio económico sería relevante para muy pocos usos privados digitales, tales como blogs con GOOGLE ADSENSE* ²¹⁷⁰, *o videos YOUTUBE con publicidad previa*” ²¹⁷¹. Es decir, que resultarían lícitos tanto los actos tanto de los usuarios que “suben” contenido a las redes P2P o fijan contenido en las webs de almacenamiento, como los de los usuarios que se descargan copias no autorizadas, puesto que normalmente ni los primeros reciben una compensación económica por sus actos de puesta a disposición no autorizada, ni los segundos tienen que abonar precio alguno por cuenta de sus descargas, lo cual resulta obviamente inaceptable e inviable, aunque se hayan tratado de permitir tales actos utilizando modelos alternativos de compensación que solo han ido distorsionado de manera progresiva las normas del Derecho de Autor (tal y como tristemente muestra la realidad del fracasado “modelo alternativo español”). Además, si consideramos legalmente que las actividades de reproducir y poner a disposición obras de manera no autorizada

²¹⁷⁰ Herramienta publicitaria administrada por GOOGLE que remunera a los administradores de páginas web cada vez que el usuario siga un enlace publicitario en una página determinada. Lógicamente, a mayor número de usuarios mayor recaudación para propietario de la página.

²¹⁷¹ “*If non-commerciality was to be perceived as lack of profit it would be relevant to very few digital private uses, such as blogs with Google Adsense or YouTube videos with prepended advertisements*”. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Págs. 89. (Traducción del autor).

que realizan los usuarios resultan lícitas, malamente bajo cualquier tipo de lógica jurídica vamos a poder sostener legalmente que facilitar tales actos es un acto ilícito (especialmente cuando se proporcionan enlaces a los archivos).

La utilidad económica para los usuarios cuando realizan ellos mismos un acto de reproducción (legítima o no) de una obra sujeta al Derecho de Autor, consiste pues en no tener que adquirir otro original de la obra en el mercado. Aunque la concepción tradicional de lucro sea “*cualquier utilidad, aprovechamiento o beneficio derivado del simple goce de contenidos protegidos sin tener que pagar precio o contraprestación alguna*”, la mayoría de la doctrina defiende que el lucro del artículo 31.2 se debe entender como un uso con fines comerciales, y así lo consideran asimismo tanto CARBAJO GASCÓN ²¹⁷² como SÁNCHEZ ARISTI ²¹⁷³. Sin embargo, otros autores, como por ejemplo BERCOVITZ, consideran acertadamente que sin duda existe lucro en los actos de reproducción no autorizados que realizan los usuarios en la Red. Para BERCOVITZ estos actos son un ejemplo “de libro de texto” de enriquecimiento injusto, ya que a) no existe autorización del titular de derecho, b) se consigue un goce de un bien ajeno sin coste, y c) se infringe un perjuicio económico al titular legítimo de derechos:

“En realidad, considerando que las copias privadas se pueden realizar con extraordinaria facilidad y a precios ridículos, parecería necesario aplicar el principio general de derecho que dispone que a nadie se le permite, simplemente por su propia voluntad y sin una causa que lo justifique, apropiarse libremente de los bienes de otra persona, los cuales gozan de un valor económico el mercado, porque esta apropiación significaría un enriquecimiento injusto.

Este principio es completamente aplicable a la reproducción de obras protegidas por parte de individuos privados: Estos individuos se enriquecen de manera injusta por la adquisición de una obra protegida a un coste e infinitamente menor que el precio de

²¹⁷² CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual), núm. 16, 2004. Pág. 50.

²¹⁷³ SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», pe.i (Revista de Propiedad Intelectual), núm. 14, 2003. Pag. 13.

mercado, y naturalmente , esto resulta en pérdidas de orden financiero para el titular del derecho exclusivo ” ²¹⁷⁴ .

Por su parte, XABIER RIBAS es uno de los más firmes defensores entre la doctrina de la postura que defiende que estos actos de reproducción no autorizada a través de la Red son de todo punto ilícitos, y que sin duda alguna existe un “*animus lucrandi*” en los usuarios cuando realizan tales actos. RIBAS va aún más lejos y analiza los distintos tipos de lucro que los usuarios manifiestan al utilizar las redes P2P, realizando una brillante clasificación comprensiva de los mismos. Así según RIBAS podemos encontrar los siguientes tipos de lucro en el ámbito del intercambio de archivos online:

- *“Lucro en metálico.- El objetivo es conseguir dinero, cediendo la copia directamente, vendiéndola a "manteros", cobrando por la publicidad o de cualquier otra manera.*
- *Lucro mediante intercambio.- Puede producirse directamente con otro usuario o con la comunidad de usuarios como colectivo.*
- *Lucro para un tercero.- El suministro de los programas P2P se financia con la publicidad que cobra el proveedor del programa. El usuario acepta contractualmente la visualización de banners pop-ups, spyware y adware. Lo ve como la contrapartida al uso del programa y sabe que el dinero correspondiente a esa publicidad va a parar al creador del programa, que así podrá desarrollar sistemas más eficaces para favorecer el intercambio y su impunidad.*

²¹⁷⁴ “*In reality, considering that private copies can be made with extraordinary ease, ridiculously cheaply, it would seem necessary to apply the general principle of law, which states that nobody is permitted, simply from his own volition and without a justifying cause, to freely appropriate another person's good, which has an economic value on the market, because this appropriation would mean an unjust enrichment.*

This principle is completely applicable to the reproduction of protected works by private individuals: they enrich themselves unjustly by the acquisition of a protected work at a cost infinitely less than the market price and, naturally, resulting in financial losses to the holder of exclusive right”. BERCOVITZ RÓDRIGUEZ-CANO, ALBERTO, «Political Questions Relating to the Legal Treatment of Reproduction and Dissemination through Digital networks», *Actas del congreso de ALAI 2003 en Budapest*, KJK-KERSZOV, Hungría, 2004. Pág. 338. (Traducción del autor).

- *Lucro mediante la obtención de puntos.- Hay quien ha llegado a decir que los puntos que se obtienen permitiendo la descarga de ficheros del directorio compartido son una verdadera moneda de cambio, ya que con ellos se puede conseguir otros ficheros de forma más rápida. La fórmula es simple: la suma total en megabytes de los ficheros que los integrantes de la comunidad han descargado del usuario se divide por la suma total en megabytes de los ficheros que el usuario ha descargado. El resultado se multiplica por 100 y da una cifra que tiene un rango de 0 a 1000 y que indica los privilegios del usuario, es decir, el nivel de prioridad que tendrá a partir de entonces, en la cola de descargas de otros ficheros.*
- *Lucro como antítesis del perjuicio causado a titular de los derechos (criterio jurisprudencial).- A pesar de la facilidad de copia de la obra digital, existe un principio de equilibrio económico que hace que, analizando el fenómeno de la piratería P2P en su conjunto, lo que enriquece a unos, empobrece a otros. A precio cero, la demanda tiende al infinito. Ello explica la increíble progresión de este fenómeno y pone en peligro un sector de la economía que se basa exclusivamente en sus activos inmateriales.*
- *Lucro consistente en el ahorro del precio que debería haber pagado para aprovecharse de este bien. En el caso de empresas y profesionales, además de ánimo de lucro hay una grave negligencia. Resulta escalofriante pensar que, en estos momentos puede haber un arquitecto diseñando un edificio de viviendas o calculando sus estructuras de hormigón, con un programa obtenido a través de P2P”²¹⁷⁵.*

En realidad, el texto de RIBAS condensa y enumera distintas realidades e ideas que hemos ido desarrollando a lo largo de este trabajo. Parece claro que negar que existe el ánimo de lucro en los usuarios que realizan estos actos a través de la Red es negar interesadamente una evidencia; lo mismo que negar que estos usuarios saben o deberían saber²¹⁷⁶ que los actos que realizan son actos

²¹⁷⁵ RIBAS, XAVIER; *Compartir copias no autorizadas a través de P2P es delito*, (2003), Disponible en <http://www.hispamp3.com/2003/07/27/compartir-copias-no-autorizadas-a-traves-de-p2p-es-delito>. (Consultado por última vez el 14 de julio de 2013).

²¹⁷⁶ Lo primero que me enseñaron el primer día que pisé una facultad de derecho es que la ignorancia de las normas no excusa de su cumplimiento.

antijurídicos, puesto que como vimos en su momento el usuario al usar estos programas normalmente accede a unas condiciones de uso que le impiden utilizarlos para fines ilícitos, particularmente para infringir derechos de autor. La restricción del elemento del “acceso legal” en el límite de copia privada que se va a realizar en breve hubiera debido terminar con toda duda al respecto sobre la ilicitud de estos actos de intercambio en línea, así como con la perniciosa tesis de que la descarga no autorizada a través de estas redes ha de ser considerada legalmente como un acto de copia privada, puesto que resulta imposible por parte del usuario tipo determinar si la cadena de legalidad desde la “copia fuente” se ha roto o no.

Bajo el nuevo enfoque del límite que hubiera impuesto el AMLPI 2013 si hubiera llegado a reformar la LPI, parecía clara con respecto a la anulación “*ex nunc*” de una copia privada cuando el usuario/persona física/copista realizara de ella una utilización colectiva con posterioridad a su realización, aunque en realidad la fórmula utilizada no difería en demasía de la de la LPI en cuanto a la formulación legal del elemento del “uso colectivo”, esto se compensaba ampliamente por cuenta de la restricción radical del ámbito de actuación del límite. Así, se pasaba de la redacción vigente del elemento en el artículo 31.2 de la LPI, redactada según la Ley 23/2006, y que se puede leer como sigue “...y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa...”, a la reformulación total del artículo 31, en donde se desglosaba su punto 2 en tres letras (subdivididas a su vez en dos supuestos que explicaban el alcance restringido del elemento del “acceso legal”), y a la creación de un nuevo punto 3 en el artículo 32, subdividido a su vez en tres supuestos. Según el Anteproyecto el nuevo punto 2 del artículo 32 marcaría los contornos del límite a “contrario sensu”, marcando así su ámbito de actuación “desde fuera”; es decir, rediseñando la definición legal de sus elementos, y redefiniendo por tanto las condiciones bajo las cuales una reproducción podría haberse incardinado en el límite de copia privada (el punto tercero del artículo 32 por su parte excluía del ámbito de aplicación del límite tanto clases enteras de obras de creación, como modalidades completas de comunicación de los tipos de obras no excluidas expresamente del ámbito de actuación del límite por este mismo punto). Era entonces en la letra c) del punto 2 del anteproyectado artículo 32 donde se señalaba que quedarían excluidas “*ex nunc*” de la condición de copias privadas (es decir, que se anularía tal condición) las reproducciones en las que se incumpliesen “*a posteriori*” los siguientes requisitos:

“Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa”.

Tal y como hemos señalado, la redacción emanada del Anteproyecto no difería en demasía de la Ley vigente, ni en cuanto a su redacción, ni en cuanto o a su ámbito de actuación; aunque esto último quedaba más que suficientemente compensado por la restricciones practicadas sobre otros elementos del límite. Sin embargo, al menos una de las modificaciones realizadas por el Proyecto de Ley sobre el Anteproyecto en cuanto a la configuración de este elemento o requisito se convierte en una *“rara avis”*, puesto que constituye una auténtica mejora técnica. El PMLPI 2014 modifica este elemento en dos partes del artículo:

- a) Añadiendo a la redacción del artículo 31.2 a) de la LPI según quedaba redactada por el Anteproyecto, que excluía del ámbito de actuación del límite, definiendo elementos tanto objetivos como subjetivos, pero que tenían en común que debían alternativamente existir o no existir en el momento justo en el que se realizara la reproducción, y que se podía leer como sigue *“que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial”*. La no observancia de estos requisitos en el momento de la reproducción determinaban la nulidad *“ex tunc”* de la consideración legal de una reproducción determinada como copia privada. Pues bien, el proyecto de ley añade a la letra c) del artículo 31.2 la fórmula *“y sin fines directa ni indirectamente comerciales”*. Tal adición comporta dos consecuencias sustanciales: a) determina un acto de nulidad radical de la consideración de una reproducción como copia privada basado exclusivamente en el lucro; y b) limita o restringe sustancialmente el elemento subjetivo del *“ánimo de lucro”*, ya que ahora niegan la condición de copia privada *“ex tunc”* a las reproducciones realizadas tanto con un ánimo de lucro directo como indirecto. Entiendo que esta modificación devuelve a actos tales como la descarga de obras sujetas al Derecho de Autor desde redes P2P a la ilicitud civil, y supone una derogación de la infausta Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado.
- b) La otra cara de la moneda o medalla es la modificación realizada por el Proyecto de Ley sobre la redacción de la letra c) del artículo 32.2 del Anteproyecto, que exigía *“que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa”*, puesto que

de lo contrario la reproducción obtenida perdería el carácter de copia privada “*ex nunc*”. El Proyecto de Ley añade a esta redacción la superflua fórmula “*ni de distribución mediante precio*”. Sin ánimo de resultar reiterativo, simplemente me gustaría destacar que si esta adición está diseñada para que el límite de copia privada no se utilice para legitimar las copias distribuidas ilícitamente mediante el sistema “top manta”, este no ha sido ni parece que sea en el futuro un problema emanado de la aplicación del límite a la era digital.

6.4 **La “prueba de las tres fases” del artículo 40 bis de la LPI en relación con el límite de copia privada.**

Puesto que se ha realizado anteriormente en este trabajo ya un amplio análisis del sobre la “*regla de los tres pasos*”, sobre todo en lo concerniente a su surgimiento y desarrollo, así como en cuanto al estudio de sus tres elementos ²¹⁷⁷, con la venia, pasaremos directamente a analizar su tratamiento y repercusión en el Ordenamiento Jurídico español.

La “regla de los tres pasos”, que se encuentra regulada en el artículo 40 bis de la LPI, fue introducida en el ordenamiento jurídico español por el artículo 4 de la Ley 5/1998, 6 marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos ²¹⁷⁸. Como vimos en su momento, en el momento en que los Estados miembros de la UE se disponían a transponer la DDASI a sus respectivos ordenamientos, existía cierta controversia entre la doctrina sobre si los destinatarios de este “*límite de límites*” habrían de ser los respectivos cuerpos legislativos de los Estados miembros de la UE, o directamente los tribunales respectivos de dichos Estados. Es decir, si la “regla de los tres pasos” es de aplicación directa por parte de los respectivos tribunales de los

²¹⁷⁷ Ver página 494 y ss.

²¹⁷⁸ Dicha Ley 5/1998, en su Exposición de Motivos, señala que “*Finalmente, por lo que respecta al Derecho de Autor, el artículo 4 de la Ley introduce modificaciones en el capítulo del texto refundido relativo a los límites. Asimismo, el artículo 4 de la Ley crea otros dos, el 40 bis y el 40 ter, el primero de ellos, no sólo a los efectos de incorporar el punto 3 del artículo 6 de la Directiva, sino, además, a los efectos de ampliar su alcance en el mismo sentido que el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el artículo 10 del reciente Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor*”.

Estados miembros de la UE ²¹⁷⁹. Algunos países optaron por incorporar directamente “la regla de los tres pasos” a sus legislaciones ²¹⁸⁰, lo cual obviamente indicaba la voluntad del legislador de que fueran aplicadas por los tribunales autóctonos ²¹⁸¹. Este no fue el caso de España, porque como hemos visto el artículo 40 bis de la LPI reconocía la “regla de los tres pasos” incluso con anterioridad a la promulgación de la DDASI, lo cual no es óbice para que hayamos de llegar al

²¹⁷⁹ Recordemos que las normas de la DDASI pueden ser de aplicación directa por parte de los tribunales de los Estados miembros, y así por ejemplo SENFTLEBEN nos ilustra este punto con una decisión tomada a este respecto por el Tribunal de distrito de La Haya, en Holanda: “En una decisión más reciente de 25 de junio de 2008, el Tribunal de Distrito de La Haya invocó la “regla de los tres pasos” de nuevo en un caso concerniente al pago de la remuneración equitativa por actos de copia privada. En este contexto, el Tribunal prestó atención a la pregunta sobre el uso de una fuente ilícita como base para la copia privada. La detallada regulación de la copia privada que ofrece el art. 16 (c) de la Ley sobre Derechos de Autor holandesa no contiene indicación alguna al efecto de que se deba considerar inaceptable realizar copias privadas desde una fuente ilícita. La historia relativa a la aprobación de la provisión legal, por el contrario, refleja la clara voluntad del legislador holandés en el sentido de exceptuar la realización de copias privadas [del derecho de reproducción], independientemente de que se utilice una fuente lícita o ilícita. Recurriendo a la regla de los tres pasos del artículo 5.5 de la Directiva sobre Derechos de Autor, el Tribunal de Distrito de la Haya no obstante dismanteló este aparentemente robusto edificio de seguridad jurídica con una única frase. Sin ofrecer un análisis detallado, el Tribunal señaló que copiar para uso privado desde una fuente ilícita se encontraba “en conflicto con la regla de los tres pasos”. Consecuentemente, se falló que [tales actos] caían fuera del ámbito del límite de copia privada del art. 16 (c): “En la historia de la aprobación parlamentaria [del límite], existen indicios sobre una interpretación diferente. No obstante, la interpretación defendida por el ministro y apoyada por el gobierno –asumir que la copia privada desde una fuente ilícita resultaba lícito- entra en conflicto con la regla de los tres pasos del artículo 5.5 de la Directiva””. “In a more recent decision of June 25, 2008, the District Court of The Hague invoked the three-step test again in a case concerning the payment of equitable remuneration for private copying activities. In this context, the Court devoted attention to the question of use of an illegal source as a basis for private copying. The detailed regulation of private copying in Article 16c of the Dutch Copyright Act does not contain any indication to the effect that private copying from an illegal source is to be deemed impermissible. The drafting history of the provision, by contrast reflects the clear intention of the Dutch legislator to exempt private copying irrespective of whether a legal or illegal source is used. Having recourse to the three-step test of Article 5(5) of the Copyright Directive, the District Court of The Hague nonetheless dismantled this seemingly robust edifice of legal certainty in one single sentence. Without offering a detailed analysis, the Court stated that private copying from an illegal source was “in conflict with the three-step test.” Accordingly, it was held to fall outside the private copying exemption of Article 16c: “In the parliamentary history, there are indications of a different interpretation. However, the interpretation advocated by the minister and supported by the government – assuming that private copying from an illegal source was legal – is in conflict with the three-step test of Article 5(5) of the Directive”. SENFTLEBEN, MARTIN, *The International Three-Step Test A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, JIPITEC, vol. 1, 2010. Rechtbank Den Haag, June 25, 2008, case 246698, LJN BD5690. (Traducción del autor).

²¹⁸⁰ Así por ejemplo el artículo L. 122-5 del “Code de la Propriété Intellectuelle” de Francia señala que “...Las excepciones enumeradas por el presente artículo no podrán causar un perjuicio injustificado a la explotación normal de la obra ni a los intereses legítimos del autor”... “Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur”. Disponible en http://www.celog.fr/cpi/lv1_tt2.htm. (Consultado por última vez el 20 de julio de 2013). (Traducción del autor). También traspusieron el artículo 5.5 de la DDASI Italia (artículos 71-sexies, y 71-nonies de la Ley del 22 de abril de 1941, n° 633 de protección del Derecho de Autor y otros derechos conexos a su ejercicio); Grecia (artículo 28 de la Leu n° 2121/1993 sobre Derecho de Autor, Derechos Anejos y Asuntos Culturales); Portugal (Artículo 15.3 del Código de Derecho de Autor y Derechos Conexos (Ley N° 45/85, de 17 de septiembre 1985)); y Luxemburgo (Artículo 10.1 párrafo 2° de la Ley de Derecho de Autor, Derechos Conexos y Bases de Datos, de 18 de abril de 2001).

²¹⁸¹ También se deduce esta conclusión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*. Coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Tirant lo Blanch. 2006. Pág. 118.

mismo resultado: en el plano formal la “regla de los tres pasos” es directamente aplicable por los tribunales españoles, y así MARTÍN SALAMANCA piensa que “*el art. 40.bis constituye un límite a los límites [en letra itálica en el original], por si el intérprete, en algún momento, duda sobre el alcance de las disposiciones del capítulo, en el supuesto concreto*” ^{2182 2183}. El artículo 40 bis de la DDASI se puede leer como sigue:

“Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”.

La redacción del artículo 40 bis de la LPI difiere de la del artículo 5.5 de la DDASI ²¹⁸⁴ en dos puntos: a) no se menciona el elemento examinador consistente en que las limitaciones solamente deberán aplicarse a “*determinados casos concretos*”; b) el orden del segundo elemento de la regla (que el límite no entre en conflicto con la explotación normal de la obra) y el tercero (que el límite no cause un perjuicio injustificado al titular de derechos) se altera, lo cual ha sido criticado por algún autor ²¹⁸⁵. Sin embargo, el artículo 40 bis en lo sustancial ha de interpretarse a la luz de la DDASI, lo que nos devolvería a un test o prueba consistente en los tres elementos tradicionales:

²¹⁸² MARTÍN, SALAMANCA, SARA, «Límites a los derechos de explotación (II)». (2009), (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch. Pág. 248.

²¹⁸³ Sin embargo, algunos autores, como por ejemplo GÓNZALEZ DE ALAIZA, son bastante escépticos sobre la interpretación directa de la “regla de los tres pasos”, puesto que piensan que “...muy osado deberá ser el Juez que decida enmendar la plana a su legislador. Es decir, el establecimiento o supresión de excepciones es una cuestión de política legislativa, que naturalmente corresponde al legislador y si este entiende que es prematuro, por ejemplo, restringir la aplicación de una excepción al ámbito analógico –como si prevé nuestro Derecho respecto a los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas-, pues las variables a considerar son muchas y dinámicas, no debe un Juez anticiparse a esta decisión”. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 247. De hecho, llega este autor al extremo de defender que “si la «prueba de las tres fases» no existiese, el Derecho de Autor no sería diferente, no de forma apreciable, por lo menos”. Ídem. Pág. 246. Otros autores, como por ejemplo GARROTE, basándose en la redacción “...no podrán interpretarse” parecen pensar que la regla se dirige principalmente al Juez competente; aunque el artículo 5.5 de la DDASI también tiene “una función de «control» de la legislación nacional”. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 151-52.

²¹⁸⁴ Artículo 5.5 de la DDASI: “Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”.

²¹⁸⁵ Así, GONZÁLEZ DE ALAIZA piensa que aunque la alteración del orden de los elementos en el artículo 40 bis no tiene influencia práctica alguna, a la manera de la propiedad conmutativa en la ciencia matemática, no parece esta la redacción más acertada en términos de coherencia. GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 244.

el límite sujeto a examen debe a) aplicarse sólo a determinados casos concretos; b) no interferir con la explotación normal de la obra por parte del titular de derechos sobre ella; y c) no debe causar a este titular de derechos un perjuicio injustificado ²¹⁸⁶.

En cuanto al primer elemento de la regla de los tres pasos, que exige que el límite a examen se halle diseñado legalmente de forma que solamente se aplique a determinados casos concretos o especiales, LÓPEZ MAZA piensa que de él se deriva *“una suerte de principio de tipicidad, en el sentido de que los únicos límites válidos son los que se recogen en la Ley. Y como derivación de ello estos límites deben interpretarse de manera restrictiva, no pudiendo extenderse su aplicación a supuestos similares pero que no aparezcan específicamente contemplados en la Ley”* ²¹⁸⁷. Visiblemente, esta necesaria interpretación restrictiva sobre el límite de copia privada no se ha aplicado en nuestro país; en parte por la ambigüedad latente en la redacción actual del artículo 31.2 de la LPI, en parte por la voluntad de realizar una interpretación extensiva del límite por parte de los poderes públicos ²¹⁸⁸. Otros autores, como por ejemplo KARAPAPA, ponen el acento en el carácter finalista o teleológico del límite, y así esta autora opina que *“la primera condición e la regla de los tres pasos, bajo la cual las limitaciones al Derecho de Autor deberían estar confinados a ciertos casos especiales, significa que tales limitaciones deberían estar claramente definidas y basadas en objetivos específicos”* ²¹⁸⁹. Por ello, si uno de los objetivos específicos del límite de copia privada fuese la protección de la autonomía del usuario en su uso y disfrute privado de la obra, que se subsume en las exigencias de que tal uso sea privado y no comercial, el límite de copia privada, de ser aplicado correctamente, superaría sin duda el examen de la “regla de los tres pasos”. No obstante, como hemos visto, en España bajo el actual régimen del vigente artículo 31.2 de la LPI no existe unanimidad ni entre la doctrina ni entre la jurisprudencia sobre lo que sea un *“uso privado”*, o incluso un uso *“no lucrativo”*. Por otra parte, si la justificación última del límite fuera la imposibilidad de control de las reproducciones privadas de la obra por parte del titular de

²¹⁸⁶ Reiteramos que hemos realizado un análisis de los tres elementos más arriba. Ver págs. 502 y ss.

²¹⁸⁷ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 46.

²¹⁸⁸ De ahí que resulte habitual oír hablar de un supuesto “derecho de copia privada”.

²¹⁸⁹ *“The first condition of the three-step test under which copyright limitations should be confined to certain special cases means that these limitations should be clearly defined and based on specific objectives”*. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 105. (Traducción del autor).

derechos, la razón de existir del mismo iría perdiendo fuerza de forma paralela a la posibilidad de controlar tales reproducciones mediante la inserción de “código” en los archivos digitales.

El AMLPI 2013 venía a corregir las deficiencias actuales del principio de tipicidad defendido por LÓPEZ MAZA, ya que al perfilar de manera más efectiva el alcance de los distintos elementos del límite, dejaba poco o nada de espacio para su interpretación “expansiva”, puesto que sí que se podrían haber identificado los casos concretos que formaban su ámbito de aplicación con los regulados por el derecho positivo. Por otra parte, la reforma del AMLPI 2013, se hallaba completamente orientada a la consecución efectiva del fin consistente en proteger la autonomía del usuario en su uso y disfrute privado de la obra, puesto que delimitaba con mayor concreción los elementos del “*uso privado*” y del “*uso no comercial*”, y (muy principalmente) el elemento del “*acceso legal*”. Sin embargo, el PMLPI 2104, a pesar de resultar más coherente con la “regla de los tres pasos” que la redacción actual del límite, carece de la falta de ambigüedad sobre el alcance exacto del límite de copia privada de la que gozaba el Anteproyecto.

En cuanto a la exigencia de que el límite no entre en conflicto con la explotación normal de la obra, parece lógico (y así lo entiende la mejor doctrina) que la explotación normal de la obra no comprenda necesariamente cualquier reproducción, distribución, comunicación o puesta a disposición que se haga de ella ²¹⁹⁰, sino solamente aquellas que entren en conflicto con las expectativas razonables de explotación de los titulares de derechos ²¹⁹¹. No obstante, GONZÁLEZ DE ALAIZA no carece de razón al señalar que el concepto “*razonable*” peca de indefinición, además de plantear el problema de quien y como haya de determinar lo que se ha de entender por

²¹⁹⁰ Por poner un ejemplo básico, no comprende las reproducciones provisionales que se hagan en el marco de un proceso técnico en la Red.

²¹⁹¹ La supuesta voracidad de la industria de contenidos, que según algunos terminará exigiendo a los usuarios “pagar por todo” se alega frecuentemente por aquellos enemigos de que los titulares de derechos puedan administrar a su antojo su derecho de propiedad; olvidando por tanto de manera interesada las inexorables leyes del mercado y la competencia. No en vano los economistas SHAPIRO y VARIAN señalaban que “*Lo importante es maximizar el valor de su propiedad intelectual, no protegerla por protegerla [...] lo primero que habría que hacer sería reconocer el balance entre control y valor para el usuario. Cuanto más liberales sean los términos bajo los cuales los usuarios puedan acceder a su producto, más valioso este resulta para ellos*”. “*The important thing is to maximize the value of your intellectual property, not to protect it for the sake of protection [...] the first thing to do is to recognize the fundamental trade-off between control and customer value. The more liberal you make the terms under which customers can access to your product, the more valuable it is to them*”. SHAPIRO, CARL y VARIAN, HAL, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business Press, 1999. Pág. 97. (Traducción del autor).

“razonable” aplicado a un caso concreto ²¹⁹². Es por ello que los contornos de la explotación “razonable” de una obra ha de estar necesariamente determinados por el Derecho de Autor, y es en este sentido que el (tan denostado por algunos) Derecho de Autor resulta más necesario que nunca en el ámbito digital por cuenta del propio interés de los usuarios (siempre que hablemos de una sociedad democrática con una economía de mercado, claro está). MARTÍN SALAMANCA identifica los casos en que existe esta determinación legal sobre las expectativas razonables de los titulares de derechos (y por exclusión, también de los ciudadanos) con aquellos en los que “*el detrimento de la explotación normal de la obra es presupuesto por el propio límite. [...] Sería el caso de la copia privada (art. 31 de la LPI) donde, per se, la compensación ligada a la misma, da noción de la existencia, indiscutible, de un detrimento que trasciende a la explotación normal de la obra. Lo mismo podría decirse de los casos de las reseñas de prensa del art. 32.1.II de la LPI; o de las utilizaciones de trabajos de actualidad del art. 33 de la LPI; o de las utilizaciones de trabajos de actualidad del art. 33 de la LPI. O de los préstamos realizados o puestas a disposición de bibliotecas del art. 37. En definitiva, cuando la LPI ya ha considerado la vía de la remuneración, asociada al límite.*” ²¹⁹³. Es decir; MARTÍN SALAMANCA identifica las expectativas razonables de los titulares de derechos: primero con el contenido de los derechos de explotación según los artículos 18 a 20 de la LPI, y segundo con los usos que quedarían dentro del ámbito de estos derechos, pero que aunque se encuentren constreñidos por un límite legal, el legislador identifica como correspondientes con las expectativas razonables de explotación de los titulares de derechos, y por tanto establece un régimen de compensación dirigido a satisfacer tales expectativas. El problema es cuando se toma esta situación de manera inversa, y los poderes públicos, ante usos que obviamente lesionan y minimizan la explotación normal de una obra (por ejemplo, el intercambio no autorizado de archivos en redes P2P y de almacenamiento), y ante la impopularidad que supondría poner coto legal a estos usos ilícitos de una manera efectiva, distorsionan el significado del límite legal y el de la compensación equitativa aparejada a este, ya que se crea en los usuarios la impresión de que las expectativas razonables que tenían los titulares de derechos sobre el alcance de la explotación de sus obras ya no son razonables, y de que cuando

²¹⁹² GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 242.

²¹⁹³ MARTÍN, SALAMANCA, SARA, «Límites a los derechos de explotación (II)». (2009), (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. Pág. 249.

los titulares de derechos quieren recuperar las fuentes de explotación a las que legítima y moralmente tienen derecho están en cierta manera despojando a los usuarios de un derecho que nunca han tenido. Este quizá sea el efecto más pernicioso que ha tenido la utilización enviada del límite de copia privada en España.

El AMLPI 2013 podría haber significado la recuperación de unas ciertas expectativas razonables de explotación por parte de los titulares de derechos, que se han difuminado en parte por el Proyecto de Ley. Para SÁNCHEZ ARISTI las exigencias del artículo 40 bis de la LPI se respetarían solamente respecto a los usos de la copia que usuario usuario realizara para cubrir sus necesidades de “*time-shifting*”, “*space-shifting*”, “*device-shifting*” (que más o menos se corresponde con la práctica que en este trabajo hemos denominado “*format-shifting*”), y “*sampling*”, sólo en al ámbito doméstico (que entiende como familia y allegados) ²¹⁹⁴. Entiende este autor que en ningún caso las utilidades colectivas y lucrativas de la obra resultarían consistentes o compatibles con un eventual examen a través de la regla de los tres pasos ²¹⁹⁵. En el mismo sentido, y tomando como ejemplo la práctica del “*time-shifting*”, KARAPAPA señala lo siguiente

“Por ejemplo, [la práctica del] “time-shifting” no despoja a los titulares de derechos de una fuente de ingresos, puesto que no usurpa ninguna forma principal de explotación. De hecho, no existe mercado [potencial] alguno para el contenido reproducido con fines de “time-shifting” [con el objeto de ser usado o disfrutado con posterioridad]; si los beneficiarios de [la limitación consistente en] la posibilidad de ejercitar el “time-shifting” hubieran de pagar por razón del contenido que reproducen con este fin, es muy posible que dejaran de practicar tales actos [de reproducción]” ²¹⁹⁶.

²¹⁹⁴ SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 12.

²¹⁹⁵ Ídem.

²¹⁹⁶ “For instance, time shifting does not divest right holders from a source of income since it does not encroach upon any main way of exploitation. As a matter of fact, there is no market for time-shifted content; if the beneficiaries of permissible time shifting had to pay for the content they time shift, it is likely that they would stop engaging in this activity”. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 109. (Traducción del autor).

El AMLPI 2013, puesto que reducía básicamente a los usos enumerados por SÁNCHEZ ARISTI el ámbito de actuación del límite de copia privada, podría haber restablecido el “*status quo*” anterior, al menos en lo tocante a la recuperación del inmenso déficit ético que sufre en estos momentos la “norma social” respecto al Derecho de Autor, aunque no tanto como una eliminación total del límite en el ámbito digital, y aunque hubiera resultado extremadamente difícil, ya que una mayoría de los componentes de al menos dos generaciones de españoles han somatizado que tienen derecho a realizar reproducciones no autorizadas de obras sujetas a derechos de autor, y que los titulares de estos derechos les están intentando desposeer de algo que es legítimamente suyo. Es decir, diametralmente lo opuesto a lo que está ocurriendo

En cuanto al tercer elemento de la regla de los tres pasos, que es la exigencia de que el ejercicio del límite en cuestión no perjudique de manera injustificada los intereses legítimos de los titulares de derechos; parece claro que esta parte del examen de validez del límite se compone a su vez de dos subelementos, por lo que habrá que determinar: a) cuales serían los “*intereses legítimos*” del titular de derechos dignos de protección legal; y b) que constituiría realmente un “*perjuicio injustificado*”. En cuanto el primer subelemento GONZÁLEZ DE ALAIZA entiende que por “*intereses legítimos*” se deberían entender “*los intereses legalmente respaldados, tanto de tipo económico como los morales*” ²¹⁹⁷. En coherencia con su identificación de la explotación normal de la obra con las prerrogativas legales que el Derecho de Autor entraña, MARTÍN SALAMANCA entiende que por “*intereses legítimos*” se habrían de entender estrictamente los derechos morales (puesto que el examen de la compatibilidad del límite en cuestión con los derechos de explotación tal y como se dibujan en la LPI pertenece al ámbito del elemento anterior de la “regla de los tres pasos”) ²¹⁹⁸. KARAPAPA, por su parte, entiende que el espectro del término “*intereses*” goza de mayor amplitud que el del término “*derechos*” ²¹⁹⁹, y así los “*intereses*” de un titular de derechos

²¹⁹⁷ GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008. Pág. 245.

²¹⁹⁸ MARTÍN, SALAMANCA, SARA, «Límites a los derechos de explotación (II)». (2009), (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch. Pág. 249.

²¹⁹⁹ KARAPAPA parafrasea a COLLOVA para señalar los matices que diferencian los intereses de los derechos: “...en contraposición con los derechos, los intereses conllevan un aspecto teleológico sobre el contenido de un derecho; podrían estar sujetos a protección, pero tal protección resulta menos específica comparada al ejercicio de derechos subjetivos. Mientras los derechos garantizan el control para autorizar o prohibir ciertas actividades, los intereses representan un concepto más amplio con un contenido menos específico”. “...as opposed to rights, interests entail a teleological aspect of the content of a right; they may be subject to protection but this protection is less specific

serían tanto morales (protección de su reputación) como económicos (otros intereses que no se corresponden exactamente con el “*ius prohibendi*”, o con la contraprestación por cuenta de la autorización para la explotación de una obra determinada). Por ejemplo, existen intereses de la industria de contenidos que no se corresponden exactamente con los derechos de explotación estrictamente considerados, pero que son parte fundamental de la distribución o comunicación exitosa de una determinada obra, que requieren una inversión económica considerable, y que se vulneran directamente por actos como los de reproducción ilícita a través de la Red. El ejemplo más claro es el de las inversiones realizadas por los titulares de derechos sobre una obra, y que están destinadas a despertar en los usuarios un interés inicial sobre la misma. Esto queda demostrado por las estadísticas sobre las obras que se descargan de manera ilícita con más frecuencia los usuarios, que indefectiblemente corresponden a películas ²²⁰⁰ y series de televisión ²²⁰¹ de inmensa popularidad; popularidad alimentada normalmente por costosas campañas de publicidad masiva que tienen como objeto despertar el interés inicial de los usuarios sobre la obra y que pecuniariamente representan un porcentaje que puede ascender a “*cerca del 50% o más del*

compared to that afforded to the exercise of subjective rights. While rights grant control to authorize or prohibit certain activities, interests represent a broader concept with less specific meaning”. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 113. Parafraseando a COLLOVA, TADDEO, *Reproduction sonore et visuelle pour l’usage personnel*, Revue Internationale du Droit d’Auteur, (1979). Págs. 129-31. (Traducción del autor).

²²⁰⁰ *Avatar Crowned The Most Pirated Movie of 2010*. Torrentfreak.com. 10 de diciembre de 2010. Disponible en <http://torrentfreak.com/avatar-crowned-the-most-pirated-movie-of-2010-101220/>. (Consultado por última vez el 21 de julio de 2013).

²²⁰¹ *Récord de ‘Juego de tronos’: un millón de descargas ilegales*. Diario El País. 4 de abril de 2013. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/04/04/actualidad/1365060324_939692.html. (Consultado por última vez el 21 de julio de 2013). (A pesar de que en este mismo artículo el presidente de la cadena HBO declare que no cree que la masiva piratería de la serie “*dañe las ventas*”; no puedo por menos que señalar, como usuario ávido que soy de este tipo de contenidos, y tomando como ejemplo el contenido de esta noticia, la obvia desigualdad que existe entre los usuarios legítimos e ilegítimos. Al ser suscriptor de HBO, pago mensualmente por este servicio unos 10\$ semanales (120\$ al año); cantidad que no me duele desembolsar puesto entiendo que HBO, junto con otras cadenas de televisión por cable de pago están produciendo la mejor ficción audiovisual de los últimos años; ficción de gran calidad y muy cara de producir, por lo que incluso ideológicamente entiendo que además de recibir un servicio de calidad estoy contribuyendo al desarrollo de una determinada forma de cultura que de otra manera sería imposible de producir. Con las limitaciones que impone la existencia de mercados nacionales, puedo acceder a esos contenidos en una gran variedad de formatos, de aparatos, y por tanto de lugares físicos. Dejando de lado la desigualdad en términos de desembolso económico evidente entre mi persona y otro usuario que se descargue “Juego de Tronos” gratis, y las obvias diferencias éticas entre una conducta y la otra; resulta evidente que si todos los usuarios se descargaran los contenidos que ofrece HBO de manera ilícita, obviamente la empresa quebraría, y esos contenidos que tanto amo desaparecerían de mi vida, como está ocurriendo con la producción cinematográfica en España. No me parece por tanto lógico que alguien defienda que condenar a los generadores de contenidos a la ruina económica, y por tanto a la cesación de su producción creativa, sea la mejor manera de impulsar el derecho a la cultura. Afortunadamente, en el momento que realizo mi revisión final de este trabajo (abril-mayo de 2014), parece que estas series se estrenan en España al día siguiente de que se estrenen en EE.UU. Los piratas se van quedando sin excusas; pero, ¿Y los poderes públicos?

presupuesto original [de una producción audiovisual]”²²⁰². Esta inversión, dirigida a despertar y alimentar el interés inicial de los usuarios sobre una obra, influye directamente en las expectativas normales y razonables de explotación de los titulares de derechos, y en la protección de tal inversión representa un interés legítimo que ha de ser protegido.

En cuanto a la existencia de perjuicios injustificados o no razonables; MARTÍN SALAMANCA entiende que se “*engarza con la idea de que hay un espectro de perjuicios soportables, por no injustos, podría decirse*”²²⁰³. Entre estos perjuicios soportables se encontrarían algunos que podrían dar derecho a contraprestación económica en el ámbito del mercado, pero no al ejercicio de los derechos morales, los que podrían dar derecho a compensación equitativa (el límite de copia privada en su acepción tradicional), o incluso algunos que no darían derecho a contraprestación alguna (el derecho de cita). Sin embargo, y siguiendo con MARTÍN SALAMANCA, “*Cuando se traspasa este límite, y se entra en el perjuicio “injustificado” (por la ley y la finalidad de la excepción), estamos fuera de una interpretación recta del límite y su aplicación*”²²⁰⁴. Así, resultaría a todas luces injustificado un límite de copia privada que legitima un uso fuera del ámbito estrictamente privado, o que fuera colectivo, lucrativo, o en el que resultara indiferente que la copia fuente de la reproducción fuese lícita o no (y no habría que irse al terreno de la hipótesis, puesto que esta es la definición precisa de lo que ha sido el límite de copia privada en España).

La “regla de los tres pasos” no forma parte de las modificaciones sobre el articulado de la LPI previstas ni en el AMLPI 2013, ni en el PMLPI 2104. De hecho, ninguna de sus Exposiciones de Motivos hace alusión o referencia alguna, directa o indirecta, a la “regla de los tres pasos”. Sin embargo, resulta de máximo interés la opinión de KARAPAPA en el sentido de que “*las legislaciones nacionales y la jurisprudencia han elaborado aún otro criterio para determinar si un uso específico entra en conflicto con la explotación normal de las obras. En este criterio, lo primordial es examinar si el método utilizado al realizar una copia es lícito o no. En la práctica,*

²²⁰² *El costo de hacer una película en Hollywood*, 13 de mayo de 2012. BBC. Disponible en http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/05/120508_peliculas_costo_hollywood_lp.shtml. (Consultado por última vez el 21 de julio de 2013).

²²⁰³ MARTÍN, SALAMANCA, SARA, «Límites a los derechos de explotación (II)». (2009), (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tyrant lo Blanch. Pág. 249.

²²⁰⁴ Idem. Pág. 250.

*esto significa que el límite de copia privada se aplica sólo cuando la copia se realice de un original adquirido legalmente. De otro modo, existe un conflicto con la explotación normal [de una obra]*²²⁰⁵. En este sentido, el AMLPI 2013 (y en menor medida el PMLPI 2104) ilustraría ese cuarto elemento elaborado por las legislaciones nacionales. De nuevo hay que notar que desde este prisma, la concordancia de la reforma con la “regla de los tres pasos” se practicaría restringiendo el límite de copia privada definiendo de manera más precisa el elemento del “acceso legal”.

Por último, habría que señalar que el Tribunal Supremo sí que se ha manifestado respecto a la traslación a nuestro derecho de regla de los tres pasos, y así en Sentencia del tres de abril de 2012 señalaba lo siguiente:

“Sin embargo no es menos cierto que el art. 40 bis LPI, como disposición común a todas las del capítulo primero del título III, en el que se encuadra el art. 31, tiene un valor interpretativo no sólo y exclusivamente negativo ("Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse..."), sino también positivo, en cuanto enuncia los principios que justifican la propia excepcionalidad de los límites o, si se quiere, la necesidad de la licencia del autor como regla general ("perjuicio injustificado a los intereses legítimos" o "detrimento de la explotación normal de las obras"). Esto permite que la denominada regla, prueba o test "de los tres pasos" contenida en el art. 40 bis pueda considerarse como manifestación especial en la LPI de la doctrina del ius usus inocui, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena [fe] (art. 7.1 CC), del principio asimismo general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad como derecho delimitado, lo que a su vez exige, en caso de litigio, que el tribunal analice la concreta pretensión del autor demandante para comprobar si en verdad la reproducción puede causar algún perjuicio a sus intereses "legítimos", por remoto o

²²⁰⁵ “National laws and case law have elaborated yet another criterion for determining whether a particular use comes in conflict with the normal exploitation of the works. Central in this criterion is the examination of whether the method used in making a copy is lawful or not. Practically, this means that the private copying limitation applies only where the copy is made from a lawfully acquired original. Otherwise, a conflict with the normal exploitation occurs”. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 109. (Traducción del autor).

indirecto que sea este perjuicio, o bien atentar contra la explotación "normal" de su obra"" ²²⁰⁶.

Si esta representa la verdadera traslación de la “regla de los tres pasos” a nuestro ordenamiento jurídico, entonces habrá que convenir sin duda que el régimen vigente del límite de copia privada no aprobaría el examen contenido en la regla en ningún caso, puesto que a su amparo se han permitido usos que ningún caso son inocuos, y que representan un perjuicio evidente a los derechos de propiedad de los autores y asimilados legales. Los actos de reproducción y puesta a disposición no autorizada de obras de creación a través de la Red, como vimos en su momento, difícilmente manifiestan el requisito legal de la “buena fe” en quienes los realizan ²²⁰⁷. Tales actos más bien se podrían encuadrar entre los realizados de forma antijurídica por contravenir el artículo 7.2 del CC ²²⁰⁸. Sin embargo, la redacción del límite que proponen tanto el Anteproyecto como el Proyecto de Ley (más claramente el primero), sí que responde a las exigencias del “límite de límites”, puesto que debido a la significativa restricción del límite practicada principalmente por la delimitación del concepto de “acceso legal”, los actos de reproducción permitidos bajo el amparo del nuevo límite sí que responden a las exigencias del artículo 7 de nuestro Código Civil; por no hablar de la correspondencia entre el concepto de “*ius usus inocui*”, del que el TS señala que el artículo 40 bis de la LPI es ciertamente manifestación, con los actos de reproducción que se podrían realizar bajo el amparo del nuevo límite de copia privada diseñado tanto por el AMLPI 2013, como incluso (con todos sus defectos) por el PMLPI 2014; actos que (no olvidemos) se manifiesta expresamente por ambas piezas prelegislativas suponen para los titulares de derecho un “*perjuicio mínimo*”, y que por tanto no darían lugar al derecho correlativo consistente en recibir una compensación equitativa por parte de los titulares de derechos ²²⁰⁹.

²²⁰⁶ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 172/2012 de 3 de Abril de 2012.

²²⁰⁷ Ver página 862 y ss.

²²⁰⁸ Artículo 7.2 del CC: “*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”. Aunque el límite de copia privada no se aun derecho, sino un límite al derecho de reproducción resulta subsumible en el artículo 7.2 del CC, puesto que lo que implica su condición de límite es que esté sujeto a una interpretación restrictiva en cuanto a su ejercicio. Si el artículo 7.2 del CC prohíbe los actos realizados en abuso de derecho, con mayor razón prohibirá los actos realizados en abuso de las facultades legales surgidas al amparo de un límite a un derecho.

²²⁰⁹ Extremo este ampliamente criticado por parte del Inf. CGPJ.

Es decir que bajo el Anteproyecto: a) Los actos de reproducción que permitía el nuevo límite de copia privada a) eran determinados actos concretos: los contemplados por la Ley y que se definían mediante la delimitación del concepto de “acceso legal”; b) no entran en conflicto con la explotación normal de la obra, puesto que los actos realizados con fines de “*time-shifting*”, “*space-shifting*”, o “*format-shifting*” en el ámbito privado no son aquellos sobre los cuales los titulares de derechos tendrían una expectativa razonable de explotación; y c) no atentaría injustificadamente contra los intereses legítimos de los titulares de derechos, dado que son actos que ocasionarían a los titulares de derechos un perjuicio tal mínimo que ni siquiera darían derecho a estos recibir una compensación equitativa. Bajo el PMLPI 2104 a) no resulta tan claro, puesto que la restricción del elemento del “acceso legal” parece no lo es tanto; b) dependería de cómo se acabara interpretando la difusa fórmula legal “actos de comunicación autorizados mediante redifusión de la imagen, de la música o de ambos”; y c) el “perjuicio mínimo” tan cristalinamente claro en el Anteproyecto no lo resulta tanto en el Proyecto de Ley. Contemplando la legislación de los países de nuestro entorno, hipotéticamente incluso la legislación emanada del Proyecto de Ley podría pasar el examen de la “regla de los tres pasos”. El problema es que todo parece indicar que ni siquiera la redacción del PMLPI 2014 va a ser la definitiva, y que no cabe esperar que las eventuales modificaciones realizadas sobre el Proyecto de Ley vayan a ir en la dirección correcta.

6.5 Actos que no están sujetos al límite de copia privada: El derecho de uso o disfrute bajo contrato o licencia de la obra de forma interactiva (el derecho de acceso).

La auténtica revolución en el marco de la comunicación de obras de creación está por aún por llegar, aunque su pleno desarrollo ya se vislumbra en algunos países (como por ejemplo en EE.UU). Lo que GOLDSTEIN ²²¹⁰ bautizó con el celeberrimo término “*celestial jukebox*” ²²¹¹, se convertirá también en el “*celestial multiplex*” o los “multicines universales”, además de la borgiana “Biblioteca de Babel”. Todo en uno. Toda la cultura de la humanidad está o estará en un futuro cercano en la Red esperando a que el usuario interesado acceda a ella en el momento que lo desee

²²¹⁰ GOLDSTEIN, PAUL, *Copyright's Highway, From Gutenberg to the Celestial Jukebox, Revised Edition*, Stanford University Press, Stanford, 2003.

²²¹¹ Y que GARROTE traduce libre y acertadamente como “gramola universal” (aunque personalmente prefiero el delicioso término centroamericano “rocola universal”).

²²¹² . Esto no significa que la exhibición cinematográfica, o cierto tipo de copias tangibles desaparezcan. GINSBURG realizó la siguiente profecía hace ya algunos años:

“La copia tangible del futuro se parecerá mucho a la copia tangible de un relativamente lejano pasado. Esto es, las ediciones de lujo permanecerán, puesto que son objetos atractivos. Las versiones más económicas destinadas al mercado de masas desaparecerán, puesto que su valor primario es el de transmitir contenido, no el de ser adoradas en sí mismas como objetos. El acceso online podría reemplazar en última instancia a las copias para transmitir contenido [como único propósito], pero también podrían, quizá de manera paradójica, realzar el atractivo de los originales físicos y copias refinadas. La ubicuidad del contenido provoca que su contenedor físico resulte más apreciado cuando este medio tangible es atractivo por propio derecho” ²²¹³ ²²¹⁴ .

Tanto los gobiernos nacionales, como las distintas instituciones supranacionales (como por ejemplo la Unión Europea), así como las organizaciones surgidas de tratados internacionales (como por ejemplo la OMPI) no se han mantenido ajenos a esta profunda transformación en el ámbito de la comunicación de contenidos, que ya anticiparon en su propia génesis. Es por ello, que

²²¹² Cuando hablamos de “acceder a ella” queremos decir que el usuario, siguiendo la clasificación de las formas de comercio electrónico que propone TORRES, acceda de forma directa. “En el comercio electrónico existen dos formas fundamentales de comercialización: 1. Indirecto: En cuyo caso la promoción, información, contratación, transferencia de pago se hace en forma electrónica, pero la distribución y entrega de los productos se hace en forma física. 2. Directa. Todos los actos, Incluso la distribución y entrega de los productos se hace electrónicamente”. TORRES, MÓNICA, «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización», X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales. Madrid. 2000. Pág. 5.

²²¹³ “The hard copy of the future is likely to look very much like the hard copy of a relatively distant past. That is, deluxe editions will persist as attractive objects. Inexpensive mass market versions may eventually disappear, because their primary value is to convey content, not to cherish as an object. Online access may ultimately replace hard copies for content conveyance, but may also, perhaps paradoxically, enhance the appeal of physical originals and fine multiples. The ubiquity of the content makes its physical container all the more prized when the tangible medium is attractive in its own right”. GINSBURG, JANE C., *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 50, 2003. Pág 18. (Traducción del autor).

²²¹⁴ Los últimos datos sobre el mercado parecen confirmar la profecía de GINSBURG: “Las ventas físicas cayeron un 4,6% con un total de 210 millones de unidades, aunque concretamente los CDS bajaron un 14,2%, quedándose en 78,2 millones de unidades. Las ventas digitales de álbumes subieron un 6,3% hasta los 60,8 millones de unidades y suponen el 43% cuando hace un año suponía el 38%. Sin embargo este dato contrasta con el anterior control cuando tenían el 56% del total. Ese detalle se completa con las ventas de canciones únicas, no por álbumes, que han caído un 2,3%, lo que puede indicar que el streaming no solo hace daño a la venta física de música, sino también a tiendas digitales como iTunes. La mayor sorpresa es el crecimiento del 33% de los discos de vinilos, en total 2,9 millones de unidades”. El ‘streaming’ hunde la venta musical en EE UU, El País, 24 de julio de 2013. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/07/23/actualidad/1374596811_932529.html. (Consultado por última vez el 14 de junio de 2013).

como veremos en las siguientes páginas, en el seno de la UE se decidió prácticamente desde un principio apostar por el desarrollo de este abanico de posibilidades de consumo respecto a las obras de creación, y sobre todo por devolver legalmente a los creadores lo que la tecnología les había devuelto: el renovado control sobre la explotación de sus obras²²¹⁵. La realidad ha demostrado que la comunicación, en su modalidad de puesta a disposición de los usuarios (del público) de las obras de creación, en forma individual e interactiva, y en una infinidad de aparatos, en los que no resultará necesaria la descarga permanente, representa ciertamente el futuro de la comunicación de contenidos en masa. Lo importante en este escenario, por tanto no será (para la inmensa mayoría de los usuarios) el “poseer” las obras, sino el “acceder” a ellas, dado que la razón única que justificaba poseer una copia permanente de una obra era la posibilidad de usarla y disfrutarla en cualquier momento (buscar ese libro que tenemos en la estantería y que no nos cansamos de releer, o visionar por enésima vez nuestro DVD de “Casablanca”). El futuro cercano implicará la posibilidad de acceder a una obra en la Red con la misma facilidad que accedemos a una obra de nuestra biblioteca o videoteca. GINSBURG asimismo nos avisaba sobre la inminente muerte de la “posesión” de copias digitales por parte de los usuarios, y el advenimiento del “acceso ilimitado” al contenido a través de la Red.

“No obstante, en estos momentos el momento de la copia material podría estar terminando [...] Todo acto de percepción o de materialización de la copia requiere un acto anterior de acceso. Y si el propietario del copyright puede controlar el acceso, podría condicionar

²²¹⁵ El Libro Verde de la Comisión Europea, de 27 de julio de 1995, sobre los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información ya presagiaba que el límite de copia privada cedería eventualmente en los casos en que se pudiera controlar la reproducción digital de la obra en la Red: *“Mientras que la utilización normal de una fotocopidora, un magnetófono o un magnetoscopio clásico permite por definición la copia, que no puede evitarse (a menos que se prive a estos aparatos de esta función esencial), la digitalización permite identificar y limitar, si se quiere, la copia digital por el particular de tal o cual obra o prestación. Naturalmente, ello supone que estos sistemas técnicos se adopten de manera generalizada, pero el control de la utilización de las obras vuelve a ser posible (sección IX).*

Esta evolución debe tenerse presente para la evaluación del derecho de reproducción en el ámbito digital. Así, se puede admitir que los sistemas de copia privada basados en exacciones sobre los soportes y los aparatos, como contrapartida de la legalización de la copia privada, sigan siendo una respuesta válida en los casos en que la técnica no permita impedir la copia. En cambio, si se crean medios técnicos que limiten o impidan la copia privada, la justificación de la licencia legal que constituye un sistema de remuneración deja de existir”. Pág. 50. En cuanto a lo que el Libro Verde denominaba como “transmisión o difusión digital”, proponía asimilar su régimen jurídico al del alquiler o préstamo “tangible”. Pág. 58. Y en su capítulo dedicado a la gestión de derechos, el Libro verde señalaba expresamente que “Por otra parte, no debe olvidarse que la tecnología digital hará más frecuentes los casos en que la transmisión de los datos al usuario contenga simultáneamente las autorizaciones necesarias con respecto a los derechos de autor y los derechos afines. En esos casos, las utilizaciones se gestionarían de manera individual”. Pág. 77.

como un usuario se apropia de la obra, y si este usuario pudiera realizar posteriores copias de la misma [...] En la inminente era del acceso digital, seremos capaces de descargarnos cualquier cosa, cuando y donde queramos. Como resultado, ya no necesitaremos copias estables para disfrutar de la obra [...], seremos capaces de solicitar la obra en cualquier momento, pero quizá no de poseer nuestra propia copia” ²²¹⁶.

No me cabe la menor duda que la predicción de GINSBURG alcanzará ciertamente estatus de realidad muy pronto, precisamente cuando el acceso a Internet se convierta finalmente en ilimitado en todo tipo de equipos y aparatos, durante todo el tiempo y en todo lugar. De momento, es cierto que ha habido en los últimos tiempos una descomunal eclosión de aparatos portátiles tipo los teléfonos iPhone, y aquellos que utilizan el sistema operativo Android, además de las “tablillas” ²²¹⁷ tipo iPad, que permiten al usuario gozar de un acceso ilimitado y ubicuo a la Red, y por tanto acceder al contenido en línea utilizando la memoria RAM de sus aparatos o dispositivos móviles, en lugar de poseerlo de forma permanente en su memoria ROM. No obstante, en el presente año 2013, una gran mayoría de usuarios necesitan realizar reproducciones más o menos permanentes de sus archivos digitales para acceder en todas partes sus a contenidos fonográficos o audiovisuales, ya sea porque aunque realmente exista la oferta en el mercado (como sucede en EE.UU.) no disponen de conexión permanente a la Red, ya sea porque por culpa de la competencia desleal que supone la piratería, la oferta aún no se ha desarrollado en plenitud (como sucede en España). Durante el tránsito de una realidad a otra, se permitirá (como hacen el AMLPI 2013 – exclusivamente- y el PMLPI 2014 -no se puede saber si de manera exclusiva-) a los usuarios realizar este tipo de copias, con los objetivos de cubrir sus necesidades de “*space-shifting*” y

²²¹⁶ “Now, however, the moment of the material copy may be passing (...) every act of perception or of materialization of a digital copy requires a prior act of access. And if the copyright owner can control access, she can condition how a user apprehends the work, and whether a user may make any further copy. (...) In the impending era of digital access, we will be able to download everything, whenever and wherever we want. As a result, we will need no longer hard copies to enjoy the work (...), we will be able to summon up the work at any time, but we might not be able to own our own copy”. GINSBURG, JANE C., *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 50, 2003. Pág 2. Traducción del autor.

²²¹⁷ Como he señalado anteriormente, y siguiendo a LUIS ALBERTO DE CUENCA, aunque se utilice comúnmente el anglicismo “tabletas”, prefiero el término tablillas, que es el que utilizaré en este trabajo, ya que la RAE, aún no ha adoptado el término “tabletas”; y sin embargo, la misma institución en la Vigésimo Segunda edición de su Diccionario, define la palabra “tablilla” tercera acepción de la palabra, señalando en la tercera acepción de la misma que es una “Pequeña placa barnizada o encerada en que antiguamente se escribía con un punzón”. Diccionario de la RAE en línea, Vigésimo Segunda Edición. Disponible en <http://www.rae.es/rae.html>. (Consultado por última vez el 22 de agosto de 2013).

“*format-shifting*” de las obras que hubieran adquirido legalmente; aunque como he repetido en más de una ocasión a lo largo de este trabajo, la experiencia de otros países nos enseña que la realidad del mercado de comunicación de contenidos demuestra, como no podría ser de otra manera, que los actores en este mercado permiten la realización de estas reproducciones para uso personal en todo tipo de aparatos, sin cobrar a los usuarios una tarifa adicional por ello, ya que se tiende a una ofrecer una suscripción única multimedia, y todo lo señalado sin tener que recurrir a un límite legal que habilite al usuario para realizarlas. Es la plasmación práctica en el mercado de explotación de obras de creación del viejo y sabio dicho popular “*nadie tira piedras contra su propio tejado*”.

No obstante, avanzar en la construcción de la realidad del “acceso ubicuo”, claro, representa unos costes para los titulares de derechos de autor, derechos afines, y licenciarios de estos, y la competencia desleal que representa la piratería provoca un detrimento tanto para los titulares de derechos (que pueden incluso no recuperar esos costes, y verse expulsados injustamente del mercado), como para los usuarios legítimos (que terminarían pagando tanto su cuota alícuota como la de los usuarios ilegítimos, amén de recibir un servicio inferior en cuanto al número de títulos disponibles). Es por ello que esta nueva modalidad de comercialización goza de unas prerrogativas superiores a aquellas de las que disfrutaba la distribución de obras en formato tangible, que se traduce principalmente en la no aplicabilidad de los límites “blandos”, como el de copia privada. Es por ello también que estos límites se restringen en el campo de la distribución tradicional de obras digitales, puesto que la facilísima reproductibilidad y transmisibilidad inherente a las mismas provoca de manera irremisible que una esfera²²¹⁸ termine afectando a la otra (si la Ley permite que un usuario realice una copia de una obra bajo el amparo del límite de copia privada, la cuelgue en una red P2P o de almacenamiento, y otro usuario realice asimismo otra copia amparándose asimismo en el límite de copia privada, raramente el segundo usuario considerará abonarse a un servicio de puesta a disposición interactiva “legal” y de pago, por baja que sea la cuota). En este sentido KARAPAPA constata que “*Si los titulares de derechos impiden contractualmente ciertos usos legítimos, Los límites al Derecho de Autor pierden gran parte de su peso. Estos límites retienen solamente cierta importancia práctica en el ámbito fuera de línea, tanto analógico como digital, y no en Internet donde las licencias en línea se están convirtiendo en la forma principal*

²²¹⁸ O un “ambiente” en palabras de GARROTE.

de explotación [de las obras]. Existe una distinción entre los usos en línea de contenido sujeto al Derecho de Autor y los usos fuera de línea. Mientras que los contratos en línea prevalecen sobre los límites al Derecho de Autor en virtud del artículo 6.4 (4) [de la DDASI], el problema de los usuarios fuera de línea permanece irresoluto. Parte de la doctrina defiende que esto representa un cambio, a través del cual el Derecho de Autor se encuentra gradualmente representado por un sistema de ordenación privada que se posibilita a la vez por medio de acuerdos contractuales y por la aplicación de medidas tecnológicas de protección” ²²¹⁹ . Resultando verdadera la aseveración de KARAPAPA, en el sentido que los contratos prevalecen en todo caso sobre el Derecho de Autor en el ámbito digital en línea, también lo es que en el ámbito fuera de línea (especialmente en el digital) se tiende cada vez más a restringir los límites al Derecho de Autor, dando cada vez más peso a las decisiones de los titulares de derechos sobre el destino de su obra. Así, como hemos visto, el AMLPI 2013, además de que restringía sustancialmente el límite de copia privada a través de una definición precisa de lo que significaba legalmente el “acceso legítimo”, concede a los titulares de derechos la capacidad de restringir aún más este límite en el entorno fuera de línea mediante el uso de las medidas tecnológicas de protección, que prevalecían en el Anteproyecto sobre el límite (aunque desgraciadamente el PMLPI 2014 anula esta particular reforma). Esto obedecía a que en la actualidad, y en el ámbito digital, las fronteras en línea y fuera de línea se encuentran muy difuminadas, ya que cualquier usuario puede atravesarlas con tal facilidad que resulta dudoso que merezcan el nombre de fronteras (por ejemplo, colgando una copia digital obtenida fuera de línea en la Red, lo cual está alcance de la inmensa mayoría de los usuarios, aunque no gocen de un conocimiento o informático profundo). Es por ello que resulta tan importante avanzar hacia la restricción y eventual eliminación del límite de copia privada también en el entorno digital fuera de línea. En el tema de la copia privada, lo que en la era analógica resultaba absolutamente necesario, como era la intervención del Estado para corregir una situación de fallo de mercado irresoluble en la práctica, resulta superfluo y contraproducente

²²¹⁹ “If rightholders contractually foreclose certain legitimate uses, copyright limitations lose much of their weight. These limitations retain a practical significance only in the offline environment, both analogue and digital, and not on the Internet where online licensing is becoming the leading form of exploitation. There is a distinction between online uses of copyright content and offline uses. Whereas online contracts prevail over copyright limitations by virtue of article 6(4)(4), the issue of offline users remains unsettled. Some scholars argue that this represents a shift, whereby copyright is gradually represented by a system of private ordering that is enabled both by contractual agreements and by the application of technological protection measures”. KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 164. (Traducción del autor).

en la era digital, puesto que esta situación resultará fáctica y progresivamente resoluble por cuenta de la propia tecnología que ocasionó originariamente la crisis.

La explotación de tales obras de manera interactiva en la Red es entonces lo que se ha venido a denominar entonces “*derecho de acceso*”²²²⁰. Sin embargo, una primera impresión sobre el término “*derecho de acceso*”, sin noticias adicionales, ni la posesión un acervo jurídico mínimo en materia de Derecho de Autor, resultará sin duda contra-intuitiva, puesto que, en el ámbito del Derecho de Autor podría pensarse que estamos hablando del derecho de los usuarios a acceder a un determinado contenido, cuando en realidad de lo que estaríamos hablando es de lo que algunos consideran un nuevo derecho de explotación, cuyos titulares serían los autores, sus asimilados legales, y sus licenciarios. El objeto de este derecho seguiría siendo la “*obra literaria, artística o científica*” (principalmente la segunda modalidad), y se desarrollaría en el ámbito digital en Red. Su naturaleza jurídica consistiría en un derecho de comunicación en su modalidad de puesta a disposición de los usuarios de una determinada obra para su uso y disfrute, uso y disfrute que no implicaría normalmente la realización de reproducciones permanentes, sino de reproducciones provisionales asimiladas legalmente a las permanentes por cuenta de su obvio valor económico para el titular de derechos²²²¹. Este derecho se haría efectivo a voluntad de los usuarios en el lugar y momento que estos eligieran hacer efectiva la puesta a disposición de la obra. La especialidad de este “*derecho de acceso*” es que no se hallaría sometido a algunos límites legales, a los que sí se hallan sometidos los derechos de reproducción, distribución, y comunicación tradicionales,

²²²⁰ Para SÁNCHEZ ARISTI este “derecho de acceso” ya existía: “...no me parece de recibo sugerir que esta especie de “derecho de acceso” debiera de resultarnos menos extraño, porque en la práctica este derecho ya existe cuando las obras o prestaciones son sometidas a un acceso condicional en ciertos casos de radiodifusión condicional codificada. En tales casos, que caen bajo la órbita de la Directiva 98/84/CE, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso (DAC), lo que se condiciona no es en rigor el acceso a una obra /prestación, protegidas por la propiedad intelectual, ni se pretende controlar el acceso con base en ese título, sino que lo condicionado es el acceso a un servicio de radiodifusión y lo que se somete a control, es el acceso al servicio como tal, al margen de que los contenidos protegidos sean o no obras radiodifundidas, y con independencia por supuesto de que la titularidad sobre ellos recaiga o no en la entidad de radiodifusión. Lo protegido en fin es la inversión, necesaria para la prestación del servicio, no un derecho de propiedad intelectual. Como en la DAC lo importante es que la prestación del servicio quede protegida, sin consideración a si están o no en juego derechos de propiedad intelectual, no está prevista en ella ninguna modulación de medidas tecnológicas al objeto de preservar ciertos límites o excepciones legales a los derechos de autor”. SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003. Pág. 37.

²²²¹ GINSBURG señala muy acertadamente que la génesis del reconocimiento legal del “derecho de acceso” se puede encontrar en el reconocimiento en la era inmediatamente anterior a Internet de la condición legal de “copia” a las reproducciones realizadas en una memoria RAM (la llamada doctrina de la copia RAM). Ídem. Pág. 7.

puesto que el titular de derechos podría contratar con el usuario que su uso y disfrute de la obra se halla exento de las facultades que le hubiera concedido a este último la aplicación de un límite legal. El instrumento jurídico que se utilizaría para formalizar este derecho de acceso entre el titular de derechos sobre la obra y cada usuario particular normalmente consistiría en una licencia de uso en la forma de contrato de adhesión. El límite primero que dejaría de operar sobre el derecho de acceso en este escenario es, claro, el límite de copia privada, que es el que más problemas plantea a su desarrollo pleno. La clave, pues, de este punto es el análisis de la cuestión consistente en dilucidar si los titulares de derechos pudieran prescindir contractualmente de los límites legales a los derechos de explotación, y de ser así si esta circunstancia resultaría positiva o no para el interés general.

No hay que olvidar lo que en su momento señalamos al hablar de la justificación o “*ratio legis*” del límite de copia privada: que esta se explicaba básicamente en la era analógica por la imposibilidad de control por parte de los titulares de derechos sobre la capacidad de los usuarios de realizar copias privadas, amén de por un fallo de mercado. Es por ello que DE WERRA acertadamente apunta lo siguiente:

“A medida que las nuevas tecnologías facilitan los acuerdos directos entre los titulares de derechos de autor y los usuarios finales a través de la Red, por tanto reduciendo significativamente los costes transaccionales, las situaciones de fallo de mercado están destinadas a reducirse o incluso desaparecer completamente en el contexto digital. El resultado es que se necesitará que las limitaciones al Derecho de Autor que se encontraban justificadas esencialmente por un fallo de mercado sean revaluadas o incluso eliminadas en el ámbito digital, como el límite de copia privada. Como hemos señalado más arriba, la incertidumbre que rodea al futuro del límite de copia privada en el contexto digital hace bastante improbable que este límite pueda ser considerado una norma imperativa del Derecho de Autor que no pueda ser anulada por un contrato” ²²²² .

²²²² As the new technologies facilitate direct agreements between copyright owners and end-users over the network, thus significantly reducing the transaction costs, market failure situations are predicted to be reduced or even disappear completely in the digital context. As a result, copyright exceptions that were essentially justified by a market failure may need to be reassessed or even eliminated in the digital environment, such as the exception on private use. As noted above, the uncertainty surrounding the future of the exception of private use in the digital context makes it quite doubtful that this exception can be considered a mandatory rule of copyright law that could not be overridden

Por su parte, incluso en el marco de la Comisión Europea, el mismo ANTONIO VITORINO señalaba expresamente en sus ya famosas Recomendaciones lo siguiente:

“Sin embargo la mayoría de los interesados identifican una clara tendencia hacia servicios que ofrecen un paquete comprehensivo paquete de servicios a los consumidores. Estos servicios incluyen posibilidades de copia que van mucho más lejos de lo que se permitiría bajo el límite de copia privada (o cualquier otro límite o excepción)” ²²²³ .

Ya algunos autores defendían a finales del siglo pasado la supresión total del límite de copia privada en el ámbito digital, puesto que consideraban con gran clarividencia que el propio desarrollo de las nuevas tecnologías llevaría aparejada la desaparición de la necesidad de compensar equitativamente a los autores y titulares de derechos por cuenta del límite. Alegaban proféticamente estos autores que las medidas tecnológicas de protección terminarían por superar la imperfección de mercado que dio origen al límite en primer lugar, por lo que este devendría eventualmente en innecesario. Además, el mantenimiento del límite “*iría en perjuicio de los mismos usuarios por cuanto las pérdidas económicas derivadas de la copia privada y el “consuelo” insuficiente de los sistemas de remuneración y recibirían directamente en una elevación del precio de las licencias de uso en las explotaciones mediante contratos y medidas de control*” ²²²⁴ . Algunos, como por ejemplo CARBAJO GASCÓN, no defendían la supresión total del límite, sino solamente para el entorno digital (tanto en línea como fuera de línea). Alegaba este autor, no sin razón, algo muy similar a lo que ya se ha defendido en numerosas ocasiones: que ya no existen motivos para privar a los titulares de derecho de un control total sobre sus derechos de

by contract”. DE WERRA, JACQUES, *Moving Beyond the Conflict between Freedom of Contract and Copyright Policies In Search of a New Global Policy for On-Line Information Licensing Transactions: A Comparative Analysis between U.S. Law and European Law*, Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 25, 2003. Pág. 337. (Traducción del autor).

²²²³ “Nevertheless, most stakeholders identify a clear tendency towards services that offer a comprehensive package of features to consumers. These features include copying possibilities that go far beyond what would be allowed under the private copying (or any other) exception”. VITORINO, ANTÓNIO, *Recommendations Resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies*. Comisión Europea, Bruselas, 31 enero de 2013. Pág. 6. Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf. (Consultado por última vez el 14 de mayo de 2014) (Traducción del autor).

²²²⁴ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 63, citando la opinión de ESTEVE PARDO MARÍA ASUNCIÓN, «Congreso ALAI sobre los límites al Derecho de Autor en el nuevo entorno digital», *ADI*, t. 1998 y ss.

propiedad en el ámbito digital, y que debería prevalecer el resultado de la autonomía de la voluntad tanto de los propietarios de derechos de propiedad intelectual sobre una obra, como de los usuarios (en un marco de respeto efectivo a la propiedad, claro está), tesis está a la que me sumo. En este sentido CARBAJO GASCÓN argumenta lo siguiente:

“Las nuevas posibilidades tecnológicas permiten superar las deficiencias mostradas por los sistemas de remuneración equitativa como mal menor para compensar las ingentes pérdidas económicas derivadas de la excepción de copia privada y debe por ello permitirse a los titulares y derechohabientes defender su derecho de propiedad sobre sus creaciones y prestaciones mediante el recurso a medidas tecnológicas de control de acceso del copiado y la comercialización directa de copias digitales de sus contenidos entre los usuarios mediante contratos de licencia de uso, toda vez que el límite de copia privada carecen de una justificación de interés general que le hagan imperativo y por tanto inderogable por la voluntad contractual de las partes” ²²²⁵ .

De hecho, en la práctica, esto es lo ocurre todos los días en la zona “civilizada” de la Red, puesto que todos los servicios legales de puesta a disposición de contenidos protegidos por derechos de autor a los usuarios se basan en la autonomía de la voluntad, mientras que el límite de copia privada tal y como se ha utilizado en España, en realidad a quien protege es a quienes deciden parasitar a los titulares de derechos. Además, la imposición del límite en contra de las decisiones basadas en un análisis responsable sobre su modelo de negocio que lógicamente tomarán los emprendedores o empresarios que decidan desarrollar este tipo de servicios, no solamente contraviene la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado de la que han de disfrutar estos según el artículo 38 de la CE ²²²⁶ , sino que además, como señala acertadamente MARTÍN-PRAT, tal imposición terminaría perjudicando indirectamente a los usuarios, que habrían de terminar pagando por un servicio (la posibilidad de realización de copias privadas), incluso si no lo quisieran utilizar:

²²²⁵ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 63.

²²²⁶ Artículo 38 de la CE de 1978: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

“Supongamos que vamos a poner en línea un servicio que permita al consumidor pagar 10 € al mes para escuchar música exclusivamente, o pagar 20, porque además de escuchar música, quiere bajarse el equivalente a diez CD al mes. Si usted me viene aplicando una excepción de copia privada para el primer tipo de servicio, lo que estamos haciendo es eliminar unas posibilidades de modelos de negocio, no solamente para perjuicio de la industria evidentemente, sino también para perjuicio del consumidor, que finalmente va a acabar pagando 20, porque vamos a tener que incluir la posibilidad de que se hagan las copias privadas” ²²²⁷.

Dicho todo lo anterior, que demuestra que el límite de copia privada desde un punto de vista economicista de lógica de mercado, no sólo resulta innecesario en el nuevo ámbito digital, sino además que es hasta contraproducente. Puesto que hemos de abundar un poco más sobre la naturaleza jurídica de este llamado “*derecho de acceso*”, no veo mejor modo de comenzar que con la siempre atinada profesora GINSBURG, quien explica que

“Por “derecho de acceso” entiendo el derecho de controlar la manera en la que los miembros del público usan o disfrutan la obra. El concepto resulta distinto de la reproducción o la comunicación al público hasta el punto que yo podría comunicar una copia de mi obra al disco duro del usuario, o el usuario podría comprar una copia digital tal y como un CD ROM, pero el usuario no podría “abrir” la obra para usar y disfrutar (escuchar, visionar) su contenido, a no ser que el usuario adquiera la “llave” [para acceder] a la obra. Y esta “llave” podría variar la naturaleza y la medida de su disfrute”

²²²⁸ ²²²⁹.

²²²⁷ MALMIERCA, MARTA; MARTIN-PRAT, MARÍA; RAMIREZ, JAVIER; XALABARDER RAQUEL *Mesa redonda La copia privada digital*. IDP, Revista de Internet Derecho y Política, nº 1, pp. 33-55., 2005. Pág. 42.

²²²⁸ “By an “access” right, I mean the right to control the manner in which members of the public apprehend the work. The concept is distinct from reproduction or communication to the public to the extent that I may communicate a copy of my work to the user’s hard drive, or the user may purchase a digital copy such as a CD ROM, but the user may not open the work to apprehend (listen to, view) its contents, unless the user acquires the “key” of the work. And the key may vary the nature and extent of the enjoyment of the work”. GINSBURG, JANE C., *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 50, 2003. Pág. 7. (Traducción del autor).

²²²⁹ Esta analogía de la “llave” se encuentra íntimamente conectada con otras analogías, como las que consideran análogo el paso que el usuario ha de dar adhiriéndose a las condiciones de contratación antes de acceder el contenido

Por tanto, esta combinación de “llaves, vallas, y puertas” ²²³⁰, resulta de aplicación sobre el usuario en dos ámbitos: a) Cuando el usuario se halla fuera del “*locus*” virtual que protegen estas “vallas y puertas” los titulares de derechos gozan de la facultad de prohibir o autorizar dicho acceso. Lógicamente si el usuario decide “saltar” las vallas, o “forzar” las puertas, se convierte en un usuario ilegítimo, y se le aplicarán las sanciones civiles o penales correspondientes por haber eludido las medidas tecnológicas de protección ²²³¹. b) El segundo ámbito de aplicación tiene lugar cuando el usuario ya accedido de manera autorizada al “*locus*” virtual en que puede usar y disfrutar el contenido buscado y deseado de acuerdo con los términos del contrato de licencia que el titular de derechos sobre tal contenido le hubiera otorgado para realizar tales actividades. Consecuencia de ello es la siguiente reflexión de GARROTE “*Es más que posible que los derechohabientes deseen limitar su capacidad de usar las obras y prestaciones al amparo de las excepciones, en especial con relación a la copia para uso privado prevista en el artículo 5.2 b) del DDASI (art. 31.2 del TRLPI). Para ello, van a acudir a cláusulas contractuales en las cuales, o bien se le impide dicha copia, o bien se exige abonar una nueva compensación económica, creando la llamada “privatización” del derecho de propiedad intelectual*” ²²³².

Corría el año 2000 cuando GINSBURG se realizaba dos preguntas sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso: “*Lo primero, uno se debería preguntar si el “acceso” cae dentro de la moderna concepción del derecho de comunicación al público (que en los EE.UU. aún se denomina como derecho de representación pública), o del derecho de reproducción. Lo segundo, cualquiera que sea el “encaje” del “acceso” de acuerdo con estas antiguas formulaciones, ¿pertenece un derecho*

puesto a disposición en línea con su franqueo de una “puerta”. Las paredes o vallas que rodearían a la puerta para impedir el acceso libre gratuito del usuario serían, claro, las medidas tecnológicas de protección. Ver DE WERRA, JACQUES, *Moving Beyond the Conflict between Freedom of Contract and Copyright Policies In Search of a New Global Policy for On-Line Information Licensing Transactions: A Comparative Analysis between U.S. Law and European Law*, Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 25, 2003. Pág. 250.

²²³⁰ En un sentido análogo, CASAS VALLÉS entiende que la DDASI se ocupa por primera vez de la realidad de que “*por primera vez parece posible un control fáctico del acceso, hasta ahora sólo considerado en el caso de bienes corporales*”. CASAS VALLÉS, RAMÓN, *La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España*, [Artículo en Línea], UOC, <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>. (Consultado por última vez el 25 de julio de 2013).

²²³¹ Ver págs. 747 y ss.

²²³² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», *pe. i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002. Pág. 59.

de acceso a un régimen [legal] de derechos de autor?” ²²³³ . La respuesta a la primera pregunta ha quedado contestada, a lo largo de este trabajo. Este derecho de acceso tiene la naturaleza jurídica del derecho de comunicación, en su modalidad de puesta a disposición, ya que en lugar de comunicarse la obra a todos los miembros de un público más o menos heterogéneo al mismo tiempo (de punto a multipunto), se comunica la obra a los usuarios individualmente (de punto a punto), y además con la especialidad que el usuario elige el momento y el lugar en que tal comunicación se ha de realizar. El derecho de puesta a disposición parece arbitrarse expresamente para la comunicación de obras de creación a través de la Red, o en su variante de “*ius prohibendi*” para los actos de los usuarios consistentes en “subir” obras a redes P2P, para que posteriormente puedan ser compartidas entre ellos. El TJUE también participa de esta tesis: “*«La evolución tecnológica ha hecho posible la puesta a disposición de las obras protegidas de muchas formas que difieren de los métodos tradicionales». El elemento más importante en esta evolución es, por supuesto, Internet, y son las transmisiones en línea e interactivas (a la carta) las que pretende específicamente abarcar la frase «la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija» que figura en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el artículo 8 del WCT*” ²²³⁴ . En nuestro país, los actos de puesta a disposición interactiva en la Red, forman parte como sabemos del derecho de comunicación pública del artículo 20 de la LPI. Más concretamente, este artículo, en su punto 2º, letra i) señala que:

“2. Especialmente, son actos de comunicación pública:

[...]

i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”.

²²³³ “First, one might inquire whether “access” falls within the modern conception of either the right of communication to the public (still called the right of “public performance” in the U.S.), or the reproduction right. Second, whatever the “fit” of “access” with these older formulations, does an access right belong in a copyright regime?” GINSBURG, JANE C., *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 50, 2003. Pág. 6. (Traducción del autor)

²²³⁴ Sentencia Del TJUE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles, S.A., asunto C-306/05. Punto 37.

Pero quizá la explicación más comprensiva sobre la primera pregunta que se formulaba GINSBURG se encuentre en la Exposición de Motivos de la Ley 23/2006, que con claridad meridiana explica que:

*“La novedad más destacable en el catálogo de derechos está representada por el reconocimiento explícito en esta ley del derecho de puesta a disposición interactiva, es decir, aquel en virtud del cual cualquier persona puede acceder a las obras desde el lugar y en el momento que elija. Constituye ésta una modalidad del actual derecho de comunicación pública que, teniendo en cuenta los amplios términos en los que el derecho está definido en el texto refundido, se ha venido entendiendo que quedaba incluida en él. No obstante, se incluye expresamente, en aras de la claridad y de una mayor seguridad jurídica, lo previsto en la Directiva en sus justos términos, por lo que la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de esta ley. Conforme a ello, se atribuye expresamente a los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión y a los productores, sean de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, un derecho exclusivo sobre esta modalidad de comunicación pública”*²²³⁵.

Y,

*“En consonancia con la Directiva, se reconoce un nuevo derecho exclusivo de puesta a disposición interactiva para los artistas intérpretes o ejecutantes y para las entidades de radiodifusión, y se mantiene para aquéllos el derecho de remuneración por esta modalidad de comunicación pública cuando tenga lugar su cesión al productor”*²²³⁶.

En cuanto a la segunda pregunta, el “*derecho de acceso*” sí que continua teniendo cabida en un régimen legal sobre derechos de autor, como prueba el que se halle contemplado en las diversas legislaciones nacionales y supranacionales, y el que las obras objeto de este derecho se sigan

²²³⁵ Exposición de Motivos Ley 23/2006 de 7 de Julio. Motivo nº II.

²²³⁶ Ídem. Motivo nº III.

definiendo como tales de acuerdo a las propias normas contenidas en el Derecho de Autor (en esencia y en accidente; es decir, en cuanto a su propia concepción legal como “obras”, y en cuanto a la duración de sus derechos de explotación, etc.). La especialidad principal que este tipo de explotación comporta es que algunos límites dejan de operar sobre la explotación de la obra, no resultando esta peculiaridad suficiente para hacernos saltar a la conclusión de que el “derecho de acceso” se halla fuera del ámbito de actuación del Derecho de Autor. Más bien lo que ocurre es que el Derecho de Autor (como ha sucedido siempre) se ha adaptado a la nueva realidad. Por otra parte, la modificación de algunos límites legales a los derechos de autor (límites, no derechos, ya que como veremos los segundos no podrían ser modificados por medio de un contrato de adhesión) no difiere de las modificaciones que se pueden hacer por contrato al uso y disfrute de otros tipos de propiedad (pensemos en el arrendamiento de la propiedad real, y en la modificación de las facultades de la posesión que se pueden realizar contractualmente: por ejemplo, cuando se realiza incluye por contrato una cláusula que prohíba al arrendatario tener mascotas en un arrendamiento urbano). Por tanto, el “derecho de acceso”, no se encuentra fuera del ámbito de actuación del Derecho de Autor. Es más, el Derecho de Autor mutará progresivamente para acomodarse al “derecho de acceso”, como demuestra la restricción legal paulatina del ámbito de actuación de ciertos límites a los derechos de explotación, concretamente el de la copia privada, fuera del ámbito de la explotación interactiva en la Red de las obras de creación. Esto es consecuencia de que, en el ámbito digital, las reproducciones incontroladas e ilegítimas que se realicen fuera de la Red, muy posiblemente acabarán estando disponibles de manera asimismo ilícita en la Red.

El “derecho de acceso” representa además la respuesta que la suma de la tecnología y la legislación ha dado a la tradicional incapacidad de control de los titulares de derechos sobre sus obras en la era analógica. Es una mezcla del tradicional Derecho de Autor y del derecho contractual ²²³⁷, a lo que se añade la aplicación de una nueva capa de “código” ²²³⁸. LEPAGE lo distingue de otros derechos:

“El derecho de acceso se ha de distinguir de otros dos derechos muy relacionados. Por un lado, es distinto al derecho a divulgar una obra, el cual es parte del derecho moral del autor, el cual le permite decidir el momento en que tal obra haya de ser divulgada.

²²³⁷ Como veremos está contemplado en las distintas legislaciones sobre Derecho de Autor.

²²³⁸ Siguiendo la nomenclatura de LESSIG.

También es distinguible del derecho de comunicación al público de la obra, el cual forma parte de los derechos de explotación de los autores sobre su obra y se puede sintetizar como un moderno concepto jurídico que cubre el derecho de reproducción y el derecho de representación. El derecho de acceso permite al titular de derechos, una vez que la obra se ha divulgado a establecer condiciones para acceder a la obra con su consentimiento. La obra se sigue comunicando al público, pero no es accesible para todos los que deseen acceder a ella²²³⁹”.

En cuanto a la posibilidad de eliminar contractualmente un límite legal al Derecho de Autor, lógicamente implica una confrontación entre dos normas jurídicas: un límite legal a un derecho de explotación de los reconocidos por el Derecho de Autor (normalmente el de reproducción), y el derecho de libertad de contratación. DRECLAYE nos explica que en EE.UU la balanza legislativa se inclina significativa y sustantivamente mente en favor del derecho de contratación:

“Con respecto a la relación entre los límites al Derecho de Autor y los contratos, necesitamos señalar en primer lugar que la libertad de contratación en los EE.UU. es primordial. El artículo primero, sección décima de la Constitución de los EE.UU. Prohíbe a los Estados aprobar legislación que impida la obligación [derivada] De contratar sin el consentimiento del Congreso. Más aún, la jurisprudencia ha interpretado la Decimocuarta Enmienda En el sentido de que protege la libertad de contratación. Por tanto, un contrato o legalmente ejecutable muy probablemente pueda invalidar los límites al copyright. La Ley sobre Copyright de los EE.UU. no contiene ninguna norma que convierta a los límites sobre el copyright en imperativos; es decir, en no anulables por [la vía del] contrato”²²⁴⁰

²²³⁹ “Access right must be distinguished from two other rights closely related to it. On the one hand, it is distinct from the right to disclose a work, which is a component of the moral right enabling the author to decide the moment at which the work may be disclosed. It is also to be distinguished from the right to communication to the public, which forms part of the author’s economic right and may be summed up as a modern term covering the right to reproduction and the right to representation. The access right enables a right holder, once the work has been disclosed, to set conditions for access to it with his or her consent. The work is indeed communicated to the public, but it is not accessible to all who may wish to access it”. LEPAGE, ANNE, *Overview of Exceptions and Limitations to Copyright in the Digital Environment*, e-Copyright Bulletin, enero-marzo 2003. Pág. 14. (Traducción del autor).

²²⁴⁰ “With regard to the relationship between copyright limits and contracts, we need to state at the outset that freedom of contract in the U.S. is paramount. Article I Section 10 of the U.S. Constitution forbids the States to pass legislation impairing the obligation of contract without the consent of the Congress. Moreover, case law has interpreted the

En el marco de la UE la solución legal a esta contradicción axiológica es bastante similar a la de los EE.UU.²²⁴¹ Así lo explica KARAPAPA:

“La Directiva sobre Derechos de Autor no concede estatus imperativo a ningún límite sobre el Derecho de Autor, incluyendo el límite de copia privada. Esto se podría haber conseguido, por ejemplo, a través de un Considerando que indicara que cualquier restricción contractual sobre límites al Derecho de Autor fuera nula de pleno derecho. No obstante, ninguna indicación en este sentido se puede encontrar en la Directiva sobre Derechos de Autor. Bastante al contrario, el Considerando 45 de esta directiva indica que los límites opcionales al Derecho de Autor que se enumeran bajo el artículo 5 no deberían prevenir la definición de relaciones contractuales diseñadas a asegurar una compensación adecuada para los titulares de derechos siempre que así lo permita la legislación nacional. Mientras que esto claramente implica que la relaciones contractuales prevalecen sobre los límites al Derecho de Autor, el artículo 6.4 (4) lo confirma”²²⁴².

Según DERCLAYE Y FAVALE, la Comisión Europea tenía desde un principio muy claro que en los conflictos entre cláusulas contractuales y límites al Derecho de Autor prevalecerían las primeras, ya que *“la segunda versión de la propuesta para la Directiva, en la cual la Enmienda número 156 proponía la introducción de un nuevo artículo 5.6, que hubiera el prescrito que “ninguna medida contractual podrá entrar en conflicto con las excepciones o limitaciones*

Fourteenth Amendment as protecting the freedom of contract. Therefore, a legally enforceable contract is likely to be able to override copyright limits. The U.S. Copyright Act does not contain a provision making copyright limits imperative, i.e., not overridable by contract”. DERCLAYE, ESTELLE; y FAVALE, MARCELLA, *The Relationship between Copyright and Contract Law Copyright and Contract Law Regulating User Contracts: The State of The Art and a Research Agenda*, Journal of Intellectual Property Law, Vol. 18, 2010. Pág. 74. (Traducción del autor).

²²⁴¹ Incluso llega más lejos, según DERCLAYE y FAVALE, dado que la DDASI PERMITE incluso disponer contractualmente de derechos (no solo de límites). DERCLAYE, ESTELLE; y FAVALE, MARCELLA, *The Relationship between Copyright and Contract Law Copyright and Contract Law Regulating User Contracts: The State of The Art and a Research Agenda*, Journal of Intellectual Property Law, Vol. 18, 2010. Pág. 77.

²²⁴² *“The Copyright Directive does not afford an imperative status to any copyright limitation, including the private copying limitation. This could have been made, for example, through a Recital indicating that any contractual restriction on copyright limitations shall be null and void. No such indication can be found in the Copyright Directive however. Quite on the contrary, Recital 45 of this Directive indicates that the optional copyright limitations enumerated under Article 5 should not prevent the definition of contractual relations designed to ensure fair compensation for the rightholders insofar as permitted by national Law. While this clearly implies that contractual relationships prevail over copyright limitations, Article 6(4)(4) of the Directive confirms it”.* KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág 159. (Traducción del autor).

incorporadas en el derecho nacional de acuerdo al artículo 5". Esta enmienda no resultó afectada por parte de la comisión, y esto indica claramente su posición en este asunto" ²²⁴³. Además, anteriores Directivas como la dedicada a los programas de ordenador ²²⁴⁴, o las bases de datos ²²⁴⁵, claramente prescribían que algunos límites no pueden ser eliminados por la vía contractual, ya que cualquier cláusula en ese sentido resultaría nula de pleno derecho, lo que refuerza la tesis de que la intención del legislador comunitario era desde un principio afirmar que los límites al Derecho de Autor pueden ser eliminados por la vía contractual.

Así, el artículo 6.4 de la DDASI, en su párrafo 4º, determina que cuando las obras/prestaciones son puestas a disposición del público: (a) de forma interactiva de modo que los usuarios puedan acceder a ellas en el lugar y momento que elijan; y (b) con arreglo a lo convenido en contratos o licencias "*online*" ²²⁴⁶, entonces, las medidas tecnológicas no han de modularse para habilitar el

²²⁴³ "The second reading of the Proposal for the Directive, in which Amendment 156 proposed the introduction of a new Article 5(6) stating that "no contractual measures may conflict with the exceptions or limitations incorporated into national law pursuant to Article 5." This amendment was not accepted by the Commission, and this clearly indicates its position on the matter". DERCLAYE, ESTELLE; y FAVALE, MARCELLA, *The Relationship between Copyright and Contract Law Copyright and Contract Law Regulating User Contracts: The State of The Art and a Research Agenda*, Journal of Intellectual Property Law, Vol. 18, 2010. Pág. 77. (Traducción del autor) En el mismo sentido GUIBAULT, LUCIE, *Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonization. The Case of Limitations on Copyright under the Directive 2001/29/EC*, JIPITEC, 2010. Pág. 21. (Traducción del autor)

²²⁴⁴ 9.1 de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador: "Lo dispuesto en la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualesquiera otras disposiciones legales tales como las relativas a los derechos de patente, marcas, competencia desleal, secretos comerciales, protección de productos semiconductores o derecho de obligaciones. Cualquier disposición contractual que sea contraria a lo dispuesto en el artículo 6 o las excepciones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 5 se considerará nula y sin valor ni efecto alguno".

²²⁴⁵ Artículo 15 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos: "Serán nulos de pleno derecho cualesquiera pactos contrarios a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6 [acceso a una base de datos para su utilización normal por parte del usuario legítimo] y en el artículo 8 [extracción y reutilización de ciertas partes insustanciales de una base de datos protegidas únicamente por el derecho "*sui generis*"]".

²²⁴⁶ Artículo 6.4 de la DDASI: "No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas.

Un Estado miembro podrá adoptar asimismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción o limitación establecida en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 5, a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones.

ejercicio de los límites a los derechos de explotación recogidos en la Directiva (incluyendo, por supuesto, el límite de copia privada). La propia DDASI, en su Considerando nº 45, señala que *“Las excepciones y limitaciones a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, del artículo 5 no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional”*. Por su parte el Considerando nº 53 de la misma Norma Comunitaria explica que *“La protección de las medidas tecnológicas debe garantizar un entorno seguro para la prestación de servicios interactivos a la carta, de forma que el público pueda tener acceso a las obras u otras prestaciones desde el lugar y en el momento que prefiera. Cuando dichos servicios estén regulados por acuerdos contractuales, no deben aplicarse los párrafos primero y segundo del apartado 4 del artículo 6. Las formas no interactivas de servicios en línea deben seguir sometidas a dichas disposiciones”*. La trasposición de esta norma Comunitaria al derecho español se realizó por cuenta del artículo 26 del punto único de la Ley 23/2006, que añadió los artículos 160 a 162 a la LPI, y cuyo artículo 161.5 señala que *“Lo establecido en los apartados anteriores de este artículo [condiciones de prevalencia de los límites legales sobre las medidas tecnológicas] no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija”*.

Por supuesto, el punto 4º del artículo 6.4 de la DDASI resulta de aplicación imperativa en todos los Estados miembros. Así, algunos Estados miembros de la UE, como por ejemplo Bélgica, habían decidido mantener una política consistente en que ninguna de las excepciones o limitaciones al Derecho de Autor pudiese ser excluida por medio de una licencia o contrato ²²⁴⁷ ;

Tanto las medidas tecnológicas adoptadas voluntariamente por los titulares de los derechos, incluidas las derivadas de acuerdos voluntarios, como las adoptadas en aplicación de medidas adoptadas por los Estados miembros, disfrutarán de la protección jurídica prevista en el apartado 1.

Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido.

Cuando el presente artículo se aplique en el contexto de las Directivas 92/100/CEE y 96/9/CE, el presente apartado se aplicará mutatis mutandis”.

²²⁴⁷ El artículo 23 de la Ley Belga de Transposición al Derecho Belga de la Directiva Europea de 11 de marzo de 1996 Concerniente a la Protección Jurídica de las Bases de Datos (*“Loi transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données”*) añadió un nuevo artículo 23 bis a la Ley de 30 de junio de 1994 Relativa al Derecho de Autor y Derechos Anexos (*“Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins”*) que convertía los límites legales en imperativos, y no derogables por contrato o licencia.

lo cual, según DERCLAYE y FAVALE descolocó a gran parte de la doctrina, que dudaba si esto significaría que en Bélgica se habría promulgado una suerte de lista de derechos de los usuarios, aunque la Ley belga no estableciera en puridad un “*derecho de acceso*” de los usuarios ²²⁴⁸. Por supuesto, el carácter imperativo del punto 4º del artículo 6.4 de la DDASI ha obligado al legislador belga a efectuar su trasposición ²²⁴⁹, excluyendo la imperatividad de los límites legales cuando las obras se pongan a disposición del público de manera interactiva. Aunque esta realidad ha provocado que una parte de la doctrina haya criticado que por cuenta de esta norma se habrían creado en Bélgica dos sistemas contrapuestos con respecto a la prevalencia de los límites legales sobre la contratación entre titulares de derechos y usuarios ²²⁵⁰. Lo cierto (y lo relevante para nuestro estudio) es que, a pesar de la política nacional determinada a este respecto que haya decidido implantar un Estado Miembro de la UE, en el ámbito de la puesta a disposición interactiva de obras de creación, el límite de copia privada se puede excluir mediante los contratos por los que se licencie su acceso al usuario, lo cual es consecuente con la evidente voluntad del Legislador Europeo de eliminar el límite de copia privada paulatinamente de su Ordenamiento Jurídico, a medida que los avances tecnológicos posibiliten tanto una transformación paulatina del mercado en

Este artículo 23 indicaba que “Un artículo 23bis, que señala lo siguiente, se insertará en la misma Ley [La Ley sobre Derecho de Autor]: “Artículo 23bis, las disposiciones de los artículos 21, 22, 22bis, Secciones 1ter y 3, son imperativas”. “Un article 23bis, rédigé comme suit, est inséré dans la même loi : “Art. 23bis. Les dispositions des articles 21, 22, 22bis et 23, §§ 1er et 3, sont impératives”. (Traducción del autor). Ley disponible en http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1998083141&table_name=loi. (Consultado por última vez el 24 de julio de 2013).

²²⁴⁸ DERCLAYE, ESTELLE; y FAVALE, MARCELLA, *The Relationship between Copyright and Contract Law Copyright and Contract Law Regulating User Contracts: The State of The Art and a Research Agenda*, Journal of Intellectual Property Law, Vol. 18, 2010. Pág. 86.

²²⁴⁹ Mediante la adición de otro párrafo al artículo 23 bis antes reproducido, por parte de la Ley de 22 de mayo de Transposición al Derecho belga de la DDASI (“Loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l’harmonization de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information”). El art. 7 de esta Ley pues señala que “El artículo 23bis de la misma Ley, insertado por la Ley de 31 de agosto de 1998, se complementa como sigue: “Sin embargo, se puede renunciar contractualmente a las disposiciones contempladas en el apartado. En primer lugar cuando se trata de obras que se ponen a disposición del público que lo solicite de acuerdo con los términos contractuales para que todos puedan tener acceso lugar y en el momento que cada uno de ellos elija individualmente”. “L’article 23bis de la même loi, inséré par la loi du 31 août 1998, est complété comme suit: “Il peut toutefois être contractuellement dérogé aux dispositions visées à l’alinéa 1er lorsqu’il s’agit d’œuvres qui sont mises à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement”. Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=262195. (Consultado por última vez el 24 de julio de 2013). (Traducción del autor).

²²⁵⁰ DERCLAYE y FAVALE citan a DUSOLLIER, SEVERINE, *La contractualisation de l’utilisation des oeuvres et l’expérience belge des exceptions inperatives*, Propriétés Intellectuelles, Vol. 25. Pág. 451 (2007). DERCLAYE, ESTELLE; y FAVALE, MARCELLA, *The Relationship between Copyright and Contract Law Copyright and Contract Law Regulating User Contracts: The State of The Art and a Research Agenda*, Journal of Intellectual Property Law, Vol. 18, 2010. Pág. 86.

el sentido que señalaba GINSBURG ²²⁵¹ , como una mayor posibilidad de control sobre la realización de reproducciones no autorizadas en la Red.

Sin embargo, no deja de resultar verdadero que, mientras llega el momento que profetizaba GINSBURG, en el que existirán dos tipos de usuarios: los “coleccionistas” (o si se quiere, incluso “fetichistas”), que sigan adquiriendo obras de creación en soportes tangibles por afinidad sentimental con el propio soporte, y el resto de los usuarios, que “consumirían” productos de creación a los que tendrán la posibilidad de acceder de manera ubicua, sin la necesidad de poseer una copia fijada en un soporte material o en el disco duro de cualquier aparato. Mientras llega este momento, decimos, parece indudable lo que señaló parte de la doctrina acerca del modelo belga: que la exclusión del ámbito de actuación del límite de copia en los casos de puesta a disposición de las obras de forma interactiva, de manera que el usuario pudiese acceder a ellas en el momento que elija, creaba dos sistemas diferentes de explotación de las obras de creación en cuanto a la relación de los derechos de explotación con sus límites legales. Estos dos sistemas que regirían alternativamente, dependiendo del ámbito o del “ambiente” en que se realizase la explotación de la obra. Son estos los dos sistemas los que se pueden encontrar en el artículo 6 de la DDASI, y que GARROTE ha tomado como base para su “teoría de los dos ambientes” ²²⁵² : “La DDASI propone como punto de partida una división entre las obras y prestaciones protegidas que se ponen en Internet utilizando como medio jurídico un contrato o licencia el línea y las obras que se explotan mediante otros sistemas, tanto en Internet (por ejemplo, se ponen en la Red pero se accede a ellas sin contrato) como fuera de Internet. Al primero de los supuestos comentados ha dedicado el artículo 6.4 su párrafo cuarto” ²²⁵³ . Sin embargo, no hay que perder de vista que, como hemos señalado más arriba, en el mundo digital los “dos ambientes” se encuentran estrechamente interrelacionados.

Debemos señalar asimismo, que mientras las normas sobre Derecho de Autor en el seno de la UE tienden hacia una relativa armonización, el derecho sobre obligaciones y contratos se halla lejos de encontrarse totalmente armonizado. En lo relativo al tema que nos ocupa, y en su extraordinario

²²⁵¹ Ver principio de este capítulo.

²²⁵² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», *pe. i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002. Pág. 56.

²²⁵³ Ídem.

libro sobre la copia privada, KARAPAPA enumera las Directivas relevantes en el ámbito de la regulación legal de la contratación ²²⁵⁴. Estas Directivas (amén de la DDASI) son: a) La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (en adelante DVGBC); b) la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante DCE); c) la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (en adelante DPCCD); la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante DTACC); la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante DPCD); y finalmente la reciente Directiva 2011/83/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (de aquí en adelante DDC). De nuevo he de advertir que no hay que perder de vista que todas estas Directivas se refieren al conflicto entre los límites al Derecho de Autor y la autonomía de la voluntad contractual en lo referente a las copias digitales comercializadas de manera directa fuera de línea, puesto que en lo que respecta las comercializadas en línea y de forma interactiva, el artículo 6.4 de la DDASI resulta taxativo: prevalece siempre la autonomía de la voluntad contractual. También conviene recordar, aun a riesgo de resultar reiterativo, que aún nos estamos moviendo en el ámbito del Derecho Comunitario.

²²⁵⁴ KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 166.

Por tanto KARAPAPA, siguiendo a HELBERGER y HUGENHOLTZ ²²⁵⁵, identifica tres temas de capital importancia, y necesario análisis sobre la restricción del límite de copia privada mediante contrato: a) la potencial condición de cláusula abusiva que se predicaría de aquella que restringiera o eliminase el límite de copia privada; b) la hipotética expectativa razonable que los usuarios tendrían de realizar copias privadas; c) y la presunta obligación para los titulares de derechos de introducir un aviso legal con el objeto de informar a los consumidores o usuarios de que contractualmente renunciarían a la facultad de realizar copias privadas al amparo del límite.

En cuanto al primer tema: [a)] la potencial condición de cláusula abusiva de aquella que restrinja o elimine el límite legal de copia privada, el artículo 3.1 de la DTACC señala que “*Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”. KARAPAPA nos explica que el Anexo de la DTACC contiene una lista de cláusulas abusivas, ninguna de las cuales resulta relevante en cuanto a la restricción contractual del límite de copia privada ²²⁵⁶; excepto la contenida en el punto 1.b), que indica que será abusiva la cláusula cuyo objeto sea “*excluír o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último*”. Puesto que el límite de copia privada, tal y como hemos repetido hasta la saciedad, no es un derecho subjetivo, sino meramente un límite al derecho de reproducción, en ningún caso su restricción o eliminación contractual podría ser considerada como una cláusula abusiva apelando a esta norma comunitaria. Con respecto a la [b)] hipotética expectativa razonable que los usuarios tendrían de realizar copias privadas, el artículo 7.1 (a) de la DVGBC prescribe que “*Las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor, antes de que se indique a éste la falta de conformidad, que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos por la*

²²⁵⁵ Ídem. Pág. 166 y ss. siguiendo a HELGERBERG, NATALI y HUGENHOLTZ, BERNT, «No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law», Simposio sobre *Copyright, Digital Rights Management Technology, And Consumer Protection*, Berkeley Technology Law Journal, vol. 22, 2007.

²²⁵⁶ Ídem. Siguiendo a GUIBAULT, LUCIE, *Pre-Emption Issues in the Digital Environment: Can Copyright Limitations Be Overridden by Contractual Agreements under European Law?* en *Molengrafica nr. 11. Europees Privaatrecht* 1998. GROSHEIDE, F.W, y BOELE-WOELKI, K. (coord.). Pág. 254.

presente Directiva, no vincularán al consumidor, con arreglo a lo establecido en el Derecho nacional”. O, en otras palabras, la norma prescribe que las expectativas razonables del usuario o consumidor no pueden ser restringidas o abolidas por la vía contractual²²⁵⁷. Sigue explicando KARAPAPA que la Comisión Europea, en su Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo²²⁵⁸, aclaró que “*La Directiva sobre Bienes de consumo [la DVGBC] es de aplicación a los contratos de venta [de bienes]. No resulta de aplicación a ningún otro tipo de contrato relativo al suministro de bienes, excepto en lo que respecta a los bienes que se fabriquen en un futuro. Por tanto, un consumidor o usuario que alquile un coche no se encuentra protegido por su normativa. Del mismo modo, puesto que el suministro de contenido digital no se encuentra cubierto por la Directiva, un consumidor que se descargue música de Internet, tampoco se encuentra protegido [por la DVGBC]*”²²⁵⁹. Es decir, que las licencias en línea no se encuentran en el ámbito de aplicación de la DVGBC, puesto que se consideran legalmente como servicios, y por tanto existe libertad de contratación (y consecuentemente de disponer contractualmente del límite de copia privada). En todo caso la Directiva podría resultar de aplicación a la restricción o abolición del límite de copia privada en lo que concierne a la comercialización de obras fijadas en un soporte tangible (por ejemplo, un disco DVD o CD)²²⁶⁰, aunque un sencillo [c)] aviso legal en la carátula de estos soportes serviría para contrarrestar el argumento de que la realización de copias privadas se encuentra entre las expectativas razonables que podría albergar el consumidor o usuario. Así lo entiende KARAPAPA: “*Los titulares de derechos podrían evitar cualquier responsabilidad si emplean un aviso legal a través del cual notifiquen de manera explícita a los consumidores que la realización de copias privadas está prohibida. Al encontrarse notificados, los usuarios finales ya no tendrían una expectativa razonable de realizar copias privadas. Si deciden adquirir el contenido licenciado, deberían acatar sus condiciones restrictivas [de la licencia]*”²²⁶¹.

²²⁵⁷ Ídem. Pág. 168.

²²⁵⁸ Libro Verde de la Comisión Europea. Bruselas, 08.02.2007. COM (2006) 744 final. Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/green-paper_cons_acquis_es.pdf. (Consultado por última vez el 24 de agosto de 2013).

²²⁵⁹ “*The Directive on Consumer Sales applies to sales contracts. It does not apply to any other type of contract involving the supply of goods, except for goods to be manufactured in the future. Therefore a consumer who hires a car is not protected by its provisions. Likewise, as the supply of digital content is not covered by the Directive, a consumer who downloads music from the Internet is not protected either*”. Ídem. (Traducción del autor).

²²⁶⁰ KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 168.

²²⁶¹ “*Rightholders may avoid liability if they apply a notice on their work through which they explicitly inform consumers that private copying is prohibited. Being notified, end users no longer have a reasonable expectation to*

En conclusión: la Normativa Comunitaria obliga a que las disposiciones contractuales disfruten de prevalencia sobre el límite de copia privada en los actos de comunicación, en su modalidad de puesta a disposición, que se realicen en el ámbito digital en la Red de manera interactiva, aunque deja libertad a los Estados miembros para que decidan sobre tal prevalencia contractual en el ámbito digital fuera de línea, con el posible requisito de que se informe a los usuarios mediante un aviso legal que les informe de que no están autorizados a realizar copias privadas con anterioridad a la adquisición de una copia autorizada en el mercado.

En cuanto a la trasposición del artículo 6.4, párrafo 4º, a nuestro ordenamiento, como hemos indicado anteriormente, se realizó por parte de la Ley 23/2006, y se encuentra en el punto 5 del artículo 161 de la LPI vigente, que señala que *“lo establecido en los apartados anteriores de este artículo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija”*. CASAS VALLÉS, con ocasión de la publicación del BALPI²²⁶², que devendría eventualmente en la Ley 23/2006, realizó un análisis de la norma que por su interés reproduzco:

“Finalmente, el artículo 173.4 BALPI [que devino en el artículo 161.5 de la Ley 23/2006] recoge la excepción prevista en el polémico artículo 6.4, IV DSI [de la DDASI] que, en el contexto de red (o de forma más general, para la puesta a disposición interactiva), deja sin efecto la fórmula de compromiso entre límites y medidas, impidiendo toda intervención estatal.

La incorporación de esta excepción es obligada. El «párrafo primero» mencionado en el artículo 6.4, IV DSI se corresponde con los apartados 1 y 2 del artículo 173 BALPI. Como se ve, se ha desestimado la posibilidad de sustituir la expresa descripción de la puesta a disposición interactiva por una simple remisión al correspondiente apartado del artículo

make private copies. If they decide to buy the licensed content they ought to abide by its restrictive conditions”. Ídem. Pág. 172. (Traducción del autor)

²²⁶² Recordemos: Borrador de Anteproyecto de la Ley de Propiedad Intelectual.

20 LPI. Sólo se introducen algunas modificaciones formales, seguramente para mejorar la redacción, manteniendo no obstante la máxima fidelidad al texto de la DSI.

En mi opinión, el artículo 173.4 BALPI requeriría algunas explicaciones en la Exposición de Motivos de la futura ley. Por lo pronto, cabría reproducir el Considerando 53 ²²⁶³ [...] Este Considerando fue añadido, casi in extremis, para explicar el sentido del repetido artículo 6.4, IV DSI y, aunque sea menos claro de lo deseable, valdría la pena no perderlo de vista.

El sentido económico de la norma, al menos, es bastante visible. Se trata de permitir que se desarrollen en la Red modelos de negocio que sustituyan la vieja lógica del todo o nada (propio de la compraventa de soportes) por un amplio abanico de posibilidades licenciadas. Para ello debe tratarse de obras y prestaciones objeto de puesta a disposición interactiva, es decir, eligiendo el usuario el lugar y el momento de acceso. Pero no basta esta circunstancia. Es preciso también que se trate de servicios regulados contractualmente.

Importa, sin embargo, dejar claro que ese contrato, si bien puede establecer las condiciones de acceso y copia de la obra o prestación, no podrá pretender dejar sin efecto los límites legales a la propiedad intelectual. Los límites son de orden público. Una cláusula que intentara prohibir, por ejemplo, la cita o parodia de una obra o prestación objeto de puesta a disposición interactiva, a quien haya obtenido acceso autorizado a ella, sería a mi juicio nula. Ésta es quizás otra de las cuestiones que deberían merecer la atención de la Exposición de Motivos” ²²⁶⁴ .

²²⁶³ Considerando 53 de la DDASI: “La protección de las medidas tecnológicas debe garantizar un entorno seguro para la prestación de servicios interactivos a la carta, de forma que el público pueda tener acceso a las obras u otras prestaciones desde el lugar y en el momento que prefiera. Cuando dichos servicios estén regulados por acuerdos contractuales, no deben aplicarse los párrafos primero y segundo del apartado 4 del artículo 6. Las formas no interactivas de servicios en línea deben seguir sometidas a dichas disposiciones”.

²²⁶⁴ CASAS VALLÉS, RAMÓN, *La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España*, [Artículo en Línea], UOC, <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>, Pág. 20.

Efectivamente, la Exposición de Motivos de la Ley se ocupa de explicar el significado de este artículo, señalando que en caso de conflicto “*prevalecerán las medidas tecnológicas [de protección]*”, que es otra forma de decir que prevalecerán las cláusulas contractuales que restrinjan o eliminen el límite de copia privada. La Exposición de Motivos de la ley 23/2006 justifica así la norma:

“Esta especial protección queda excluida, por expreso mandato de la Directiva, cuando las medidas tecnológicas se apliquen a obras y prestaciones puestas a disposición del público con arreglo a lo convenido en contrato y de tal forma que los usuarios puedan acceder a ellas en el momento y desde el lugar que individualmente elijan. En tales circunstancias prevalecerán las medidas tecnológicas. De esta forma podrán desarrollarse en la red modelos de negocio que respondan a un amplio abanico de posibilidades diferenciadas e independientes de utilización, más próxima a la licencia o a la autorización de actos” ²²⁶⁵ .

Aunque la Exposición de Motivos de la ley 23/2006 no indique nada al respecto, parece claro que una cláusula que intentara prohibir o disponer de límites como el de cita o el de parodia, sería nula de pleno derecho, al derivar directamente estos límites del derecho fundamental de libertad de expresión recogido en el artículo 20 de la CE. No parece necesario entonces que la Exposición de Motivos se ocupara de abundar sobre estos límites, que amén de derivar de un derecho fundamental, provocan un perjuicio económico mínimo (si alguno) al titular de derechos sobre la obra. En cuanto al límite de copia privada, del que hemos llegado a la conclusión de que no deriva de ningún derecho fundamental reconocido por nuestra Norma Suprema ²²⁶⁶ , tiene su origen en una imposibilidad de control práctica. Es decir, es un límite nacido por razones de oportunidad, lo que implica que, igualmente por razones de oportunidad, se pueda prescindir de él sin ningún problema resultante de la aplicación de las reglas sobre jerarquía normativa. Así lo manifiesta LÓPEZ MAZA: “*El impedir la copia privada en el entorno on line no supone ninguna restricción a la libre difusión de los pensamientos, ideas y opiniones, pues estos no son, en ningún caso, objeto de propiedad intelectual. Tampoco se opone al artículo 44 de la CE, que obliga a los poderes públicos a promover y tutelar el acceso a la cultura, pues eso no significa que dicho acceso deba*

²²⁶⁵ Exposición de Motivos Ley 23/2006 de 7 de Julio. Motivo nº IV.

²²⁶⁶ Ver págs. 379 y ss.

hacerse a costa de los titulares de derechos de propiedad intelectual. El derecho de acceso a la cultura debe de equilibrarse con el derecho de propiedad del artículo 33 dela CE. Además, hay que tener en cuenta que con el desarrollo tecnológico y de Internet se multiplican las formas de acceder a la cultura” ²²⁶⁷ . CARBAJO GASCÓN parece ir incluso más lejos al defender que “*en el entorno virtual en sentido estricto (entorno en línea) la voluntad contractual de las partes (que realmente será la voluntad del titular o derechohabiente predisponente por tratarse, como casi todos los contratos electrónicos entre prestadores de servicios y consumidores, de contratos de adhesión) primará sobre cualesquiera otras consideraciones, incluidas por tanto en las excepciones imperativas y la excepción de copia privada sea cual sea la consideración que se la otorgue”* ²²⁶⁸ . GARROTE sin embargo, defiende que los límites imperativos deberían prevalecer sobre las cláusulas contractuales, pero además paralelamente argumenta que el límite de copia privada no se halla entre ellos, y consecuentemente su aplicación sería excluible mediante contrato ²²⁶⁹ .

Entonces, para CARBAJO GASCÓN el “*derecho de acceso*” se articularía en el ordenamiento jurídico español mediante “*La cesión del derecho de reproducción a efectos de mero o simple uso al legítimo adquirente de un ejemplar electrónico que incorpora una copia digital de una obra o prestación, o al destinatario de una copia digital intangible servida a petición suya, mediante una transmisión en línea a través de una red telemática como Internet. Todo ello, a falta de una expresa previsión legislativa de un nuevo derecho de uso dentro del elenco de los derechos de explotación reconocidos legalmente, tomando como referencia el dato técnico (actualmente inexcusable) de la imperiosa necesidad de reproducir la copia digital plasmada en el ejemplar o transmitido el link para su percepción y utilización por el adquirente o destinatario”* ²²⁷⁰ . En suma, estaríamos hablando de una licencia que se otorga al usuario para que reproduzca la obra

²²⁶⁷ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009. Pág. 299.

²²⁶⁸ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 62.

²²⁶⁹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», *pe. i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002. Pág. 60 y ss. En el mismo sentido MARIN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; *pe. i Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007. Pág. 44.

²²⁷⁰ CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003. Pág. 51.

para su uso personal. Siendo una licencia un instrumento contractual, este podría especificar las reproducciones o copias que el usuario pudiere realizar para solventar sus necesidades derivadas o del “*space shifting*” o del “*format shifting*”. En España, en principio si se negociara cada contrato de licencia individualmente entre el titular de derechos y el usuario, no existiría ningún problema legal si el segundo renunciara a las facultades que le concede el límite legal de copia privada, ya que el artículo 1255 del CC indica que “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*” ²²⁷¹ . La habilitación legal de realizar dicha práctica se vería reforzada por el hecho de que la posibilidad de que los usuarios realicen copias privadas no deriva de un derecho, sino de una limitación legal a un derecho de explotación. El problema vendría dado porque estas licencias normalmente son contratos de adhesión, además de contratos celebrados por los titulares de derechos con consumidores y usuarios ²²⁷² , que por tanto se rigen por la LGDCU y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) ²²⁷³ . Entonces, se trataría de clarificar si las cláusulas contenidas en estos contratos, especialmente aquellas por las que el usuario renuncia a ciertas limitaciones legales resultarían abusivas en el sentido que a esta consideración le da la LGDCU ²²⁷⁴ . La LGDCU, además de declarar que cualquier tipo de contrato celebrado con aquellos que tengan la consideración legal de consumidores o usuarios habrá de respetar el nivel de protección mínima a estos que prevén las normas emanadas de la propia LGDCU, también dispone que esta habrá que remitirse a la LPI para determinar si las cláusulas existentes en un determinado contrato que tenga como objeto la explotación de obras protegidas por el Derecho de Autor son lícitas ²²⁷⁵ . No me cabe duda

²²⁷¹ En un sentido similar introduce el tema GUIBAULT; para quien la clave estaría en identificar si los límites al Derecho de Autor constituyen normas imperativas de orden público. GUIBAULT, LUCIE, *Pre-Emption Issues in the Digital Environment: Can Copyright Limitations Be Overridden by Contractual Agreements under European Law?* en *Molengrafica nr. 11. Europees Privaatrecht 1998*. GROSHEIDE, F.W, y BOELE-WOELKI, K. (coord.). Pág. 18.

²²⁷² Artículo 59.1 de la LGDCU “*Son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario*”.

²²⁷³ Artículo 5.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación señala que “*En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma*”.

²²⁷⁴ Artículo 62.2 de la LGDCU: “*Se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato*”.

²²⁷⁵ Artículo 59.2 de la LGDCU: “*Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles*”.

entonces de que en el ámbito digital interactivo en línea tales cláusulas son lícitas. El problema vendría de nuevo con las cláusulas que restrinjan o eliminen el límite de copia privada en el entorno digital fuera de línea. Ya hemos tratado este asunto en el punto relativo a las medidas tecnológicas de protección (que son la expresión ejecutiva de las cláusulas contractuales), por lo que no cabe sino reiterar aquí lo que decíamos allí ²²⁷⁶. El AMLPI 2013 habilitaba en la práctica a los titulares de derechos a disponer del límite de copia privada contractualmente también en el ámbito fuera de línea, puesto que dado que derogaba los puntos 1 a) y 4 del artículo 161 de la LPI las medidas tecnológicas de protección que impidieran ejercitar el límite se hubieran convertido también en la práctica en inamovibles. Desgraciadamente, la derogación de los artículos reseñados desaparece en el PMLPI 2104, con lo que de nuevo se limita a los titulares de derechos la facultad de disposición sobre la comercialización de sus obras (y suponemos que esta modificación normativa sustancial del Anteproyecto de Ley sobre el Proyecto de Ley deberá necesariamente traducirse en un aumento considerable de la cantidad que el Gobierno presupueste para financiar la compensación equitativa).

Las consecuencias prácticas de que un usuario realice entonces una copia privada en contra de lo dispuesto en los términos de la licencia en la Red vendrían por tanto por un doble frente: por el de la infracción de las normas contenidas en la LPI (ya que necesariamente el usuario habría de eludir la medida tecnológica de seguridad que proteja la obra de reproducciones no autorizadas), y por infracción de las normas que regulan la contratación. Es decir, se hallarán sujetos tanto a la regulación sobre la responsabilidad extracontractual del artículo 160.1 de la LPI ²²⁷⁷, como a la responsabilidad contractual que se deriva del artículo 1101 del CC ^{2278 2279}.

La regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma”.

²²⁷⁶ Ver página 741.

²²⁷⁷ Artículo 160.1 de la LPI: “Los titulares de derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley podrán ejercitar las acciones previstas en el título I de su libro III contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz”.

²²⁷⁸ Artículo 1101 del CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

²²⁷⁹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010. Pág. 169.

Por su parte, el AMLPI 2013, lejos de modificar la legislación vigente en este punto, incluía en el propio artículo 31 de la LPI (es decir, en el texto del propio artículo regulatorio del límite de la copia privada) la exclusión de la aplicación del límite para obras interactivas licenciadas por parte de los titulares de derechos, y así lo hace también el PMLPI 2104. Así, tanto la Exposición de Motivos del Anteproyecto como la del Proyecto de Ley explican esta circunstancia de manera idéntica:

*“Asimismo, se especifican en un nuevo apartado 3 del artículo 31, los supuestos excluidos del límite de copia privada, de tal modo que ya no sólo estarán excluidas las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador, sino todas aquellas obras que se hayan puesto a disposición del público de acuerdo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ella desde el lugar y momento que elija”*²²⁸⁰.

Y por tanto, el artículo 31.3 a) según quedaría modificado por el AMLPI 2013, se podía leer de la siguiente forma:

“3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado [que regula, como sabemos el alcance del límite de copia privada]:

- a) Las obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas en el lugar y momento que elija”.*

Sin embargo, el Proyecto de Ley realiza modificaciones sobre la redacción del artículo 31.3 a) que proponía el Anteproyecto; siendo esta una de las excepcionales ocasiones en que el PMLPI 2014 mejora en calidad técnica a su antecesor, aunque el espíritu y las consecuencias de fondo de la modificación no difieren. Esta es la redacción propuesta por el Proyecto de Ley:

“3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:

²²⁸⁰ Exposición de Motivos del AMLPI 2013. Motivo III.

a) Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra”.

Recordemos que el vigente artículo 161.5 de la LPI ²²⁸¹ (como la parte relevante citada del artículo 6.4 de la DDASI citada) se encuentra en el marco de un artículo dedicado a regular la relación de las medidas tecnológicas de protección con los límites a los derechos de explotación, mientras que la adición del apartado 3. a) al artículo 31 realizada tanto por el AMLPI 2013, como por el PMLPI 2014, se encuentran en el marco de un artículo que regula estrictamente el límite de copia privada (más concretamente en el proyectado nuevo punto 3 del Artículo 31 de la LPI, que es donde se enumeran las exclusiones al límite de copia privada).

La mejora técnica operada por el Proyecto de Ley en relación al Anteproyecto se sustancia en las siguientes adiciones al texto o de un eventual artículo 31.3 a): a) Se perfecciona sistemáticamente la definición el acto excluido: la comunicación de una obra en su modalidad de puesta a disposición, añadiendo a la redacción del Anteproyecto, según la cual se excluían del límite de copia privada “*Las obras que se hayan puesto a disposición del público*”, la fórmula “*conforme al artículo 20.2.i)*”. El artículo 20.2 i) de la LPI Señala expresamente que los actos de puesta a disposición son comunicación, y define que se ha de entender legalmente por tales actos ²²⁸². b) Refuerza la autonomía de la voluntad contractual de los titulares de derechos al añadir la fórmula “*autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra*”. Es decir, subraya la potestad de los titulares de derechos de autorizar una reproducción en los casos de puesta a disposición interactiva mediante licencia de obras de creación sujetas al Derecho de Autor; o, con otras palabras, reconoce finalmente que la tecnología digital ha venido a solucionar el “fallo de mercado” que motivó inicialmente la aparición del límite de copia privada. Sin embargo, el PMLPI 2014 representa un inexplicable paso atrás en este

²²⁸¹ Que como recordamos prescribe que “*Lo establecido en los apartados anteriores de este artículo [el 161] no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija*”.

²²⁸² Artículo 20.2 i) de la LPI “2. Especialmente, son actos de comunicación pública:

i) *La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija*”.

sentido, ya que como hemos reseñado, elimina la derogación de los puntos 1 a) y 4 del artículo 161 de la LPI que realizaba el Anteproyecto. Y digo inexplicable puesto que la mayor crítica que realizaba el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto iba en una dirección completamente diferente:

“Adicionalmente, el proyectado art. 31.3 LPI dispone que, además de las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador (a los que ya viene afectando la exclusión por mandato de las Directivas 96/9/CE y 2009/24/CE), el límite de copia privada no se aplicará a las obras puestas a disposición del público cuya reproducción se haya autorizado contractualmente. En la regulación actual, la posibilidad de desplazar un límite en las explotaciones interactivas articuladas con arreglo a lo convenido por contrato, está ligada a que el titular de los derechos haya implementado medidas tecnológicas de protección (art. 161.5 LPI). Ello tiene su lógica, por cuanto no es tanto el vínculo contractual como la existencia de la medida tecnológica de protección, la que garantiza que el usuario respetará el repertorio de usos permitido por el titular. En el caso de los límites conectados a un derecho de remuneración, como es el caso de la copia privada, la aplicación de medidas tecnológicas de protección, al garantizar un control sobre el número de copias que el usuario podrá realizar, justifica una modulación correlativa de aquel derecho. Sin embargo, la situación es distinta cuando –como hace el Anteproyecto– el límite se excluye en los casos de puesta a disposición interactiva que facilita el acceso con arreglo a lo convenido en un contrato, sin exigir al mismo tiempo la implementación de medidas tecnológicas de protección. En esas condiciones, al igual que sucedía en las situaciones a que nos hemos referido en el párrafo anterior, no existe realmente ninguna garantía de que el usuario se atenderá a las restricciones convenidas en el contrato, y por consiguiente deja de estar justificado el desplazamiento del límite y, eventualmente, de la compensación equitativa a él asociada” ²²⁸³.

Si recordamos, en la crítica que CASAS VALLÉS hacía al con ocasión de la publicación del BALPI ²²⁸⁴, que devendría eventualmente en la Ley 23/2006, ya se podía leer lo siguiente:

²²⁸³ Inf. CGPJ. Punto 29.

²²⁸⁴ Recordemos: Borrador de Anteproyecto de la Ley de Propiedad Intelectual.

“Por lo pronto, cabría reproducir el Considerando 53 ²²⁸⁵ [...] Este Considerando fue añadido, casi in extremis, para explicar el sentido del repetido artículo 6.4, IV DSI y, aunque sea menos claro de lo deseable, valdría la pena no perderlo de vista”.

Por tanto la crítica que se le hace al AMPLI 2013 por parte del CGPJ no es nueva, y es que el artículo 6.4 de la DDASI ²²⁸⁶, al igual que la potencial reforma de la LPI que diseñaba el AMLPI 2013 excluía estrictamente de la prevalencia de las limitaciones a los derechos de explotación sobre las medidas tecnológicas de seguridad. El Proyecto de Ley, como hemos visto, revierte esta exclusión, ya que prevé conservar dicha prevalencia. Sin embargo el Proyecto de Ley hace caso omiso al informe del CGPJ, puesto que no añade en el proyectado texto del artículo 31.3 a) de la LPI mención alguna al requisito de que (además de encontrarse puestas a disposición de los usuarios de forma interactiva y mediante licencia), para excluirse del límite de copia privada, las obras puestas a disposición de tal manera en la Red hayan además de estar protegidas por medidas tecnológicas de seguridad.

La crítica del Inf. CGPJ se orienta en el sentido de salvar el límite de copia privada ²²⁸⁷ en los casos en los que el titular de derechos no hubiere protegido sus obras en la Red mediante medidas tecnológicas de protección cuando las ofreciere de forma interactiva y mediante contrato despojado de tales medidas, lo cual representaba un nuevo atentado a la autonomía de la voluntad, porque lo que hay que inferir es que cuando un titular de derechos de explotación que pone a disposición sus obras mediante licencia en la Red para que los usuarios las disfruten de manera interactiva no utiliza medidas tecnológicas de protección lo que está haciendo en realidad es autorizar de manera tácita la libre reproducción de esas obras por parte de los usuarios, para lo cual no necesita en absoluto de un límite legal. Por ejemplo, pensemos en un licenciatario del derecho

²²⁸⁵ Considerando 53 de la DDASI: “La protección de las medidas tecnológicas debe garantizar un entorno seguro para la prestación de servicios interactivos a la carta, de forma que el público pueda tener acceso a las obras u otras prestaciones desde el lugar y en el momento que prefiera. Cuando dichos servicios estén regulados por acuerdos contractuales, no deben aplicarse los párrafos primero y segundo del apartado 4 del artículo 6. Las formas no interactivas de servicios en línea deben seguir sometidas a dichas disposiciones”.

²²⁸⁶ Que, recordemos, en lo relevante a este punto señala que “Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido”.

²²⁸⁷ De hecho este parece su mayor objetivo: salvar el límite de copia privada “amplio” o “extenso”, y el sistema de compensación equitativa mediante canon en la medida de lo posible.

de puesta a disposición interactiva de ciertas obras audiovisuales en la Red (de películas) que pone a disposición de los usuarios para su reproducción algunas de estas obras, protegidas estas mediante medidas anti-copia o mediante una “puerta” virtual protegida mediante contraseña, pero que al mismo tiempo pone otras obras asimismo a disposición de los usuarios (de todos los usuarios) otras obras que no están protegidas por medidas tecnológicas, lo que implica en la práctica su libre reproducción, pero para cuya reproducción el usuario tiene que consentir a cierto tipo de licencia (por ejemplo comprometiéndose a no poner el mismo a disposición de los demás usuarios esas obras en la Red). Bien, el segundo caso es uno en que el titular de derechos de explotación consiente a la libre reproducción de la obra, y por ello parece contrario al espíritu del límite que haya de recibir compensación equitativa alguna, puesto que ni su voluntad contractual, ni las facultades derivadas de su dominio sobre la obra en ningún momento se sustituyen legalmente por parte del Estado. Pensemos ahora en los periódicos en línea que ofrecen todo su material objeto del Derecho de Autor (columnas de opinión, videos, etc) sin costo alguno para el usuario. ¿Parece justo que los propietarios de estos derechos de autor (el dueño del periódico) cobren en concepto de compensación equitativa porque se entienda que los usuarios que los reproduzcan estén realizando copias privadas, cuando lo que ocurre aquí es que están consintiendo a la libre reproducción de ese material?

En este sentido, si el Proyecto de Ley hubiera atendido a las recomendaciones del Consejo de Estado, mi redacción ideal de este artículo sería la siguiente:

3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado [que regula, como sabemos el alcance del límite de copia privada]:

- a) Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), y de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas en el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra, **siempre y cuando el cumplimiento efectivo de los términos de este contrato se asegure mediante el uso de medidas tecnológicas de protección**

De existir obras puestas a disposición de los usuarios en los términos del párrafo anterior sin la protección de medidas tecnológicas de protección, se entenderá que el titular del derecho de reproducción sobre esas obras autoriza la libre realización de copias sobre ellas, no debiendo considerándose tales reproducciones como copias privadas”.

Sin embargo, de nuevo hay que advertir que la experiencia de otros países (y de nuevo me tengo que referir a EE.UU como ejemplo de virtud) rinde este debate estéril, porque en la realidad del mercado, si un titular de derechos de explotación considera que puede sacar rendimiento económico de una determinada obra la protegerá con medidas tecnológicas de protección, y si pone a disposición de los usuarios una determinada obra sin tales medidas se entiende que consiente o tolera su libre reproducción.

Conclusión.

Los fundamentos del límite de copia privada eran y son dos: la existencia de un fallo de mercado, y la imposibilidad de control por parte de los titulares de derechos de autor sobre los usos que se hagan de su obra por parte de los usuarios en su esfera doméstica. El límite, por tanto, responde exclusivamente a razones de utilidad y oportunidad. La historia nos demuestra que el límite surge tanto en Alemania como en España para proteger y compensar a los titulares de derechos por las pérdidas económicas derivadas de una disfunción económica provocada por la realidad fáctica y jurídica. Todo intento posterior de encontrar fundamentos adicionales al límite de copia privada responde al objetivo inconfeso de estirar conceptualmente el límite para que cubra supuestos de hecho para los que no fue diseñado. Esto explica que se haya llegado a aseverar que el límite cubre incluso actos de reproducción no autorizada a través de la Red.

El surgimiento y paulatino perfeccionamiento técnico de las medidas tecnológicas de gestión y de protección de las obras sujetas al Derecho de Autor en el ámbito digital ha inspirado la política legislativa llevada a cabo por la Unión Europea, y consecuente y necesariamente por el Estado Español. Esta política consiste en restringir legislativamente el ámbito de actuación del límite de copia privada paralelamente al desarrollo técnico y aplicación real de las medidas tecnológicas de gestión y protección; medidas que eliminan las situaciones de “*fallo de mercado*” e “*imposibilidad*

de control” devolviendo a los titulares de derechos de autor el dominio efectivo sobre la explotación de sus obras. Aunque parezca a primera vista que las previstas modificaciones que del artículo 31 de la LPI dibujan el AMLPI 2013, y el PMLPI 2014 respondan a objetivos como potenciar la maximización del uso de la obra por parte de los usuarios, lo cierto es que estas han representado una restricción progresiva del límite de copia privada, no por casualidad conectado a situaciones de hecho que ocurren fuera de línea, y que aún no son posibles de controlar de manera efectiva. Por tanto nos hallamos claramente ante un régimen transitorio que tiende si no a la eliminación total del límite de copia privada, sí a su segura restricción en un futuro a supuestos de hecho de una significación real mínima.

La DDASI faculta a los Estados miembros para imponer un límite de copia privada al derecho de reproducción. Esta peculiaridad de la Directiva ha provocado que en el seno de la Unión Europea algunos países hayan desarrollado el límite de copia privada y otros no (o que lo hayan hecho de manera tan limitada que éste ni siquiera da lugar a una compensación equitativa por su razón), lo cual sin duda ha provocado diferencias y desigualdades radicales con respecto al mercado interior europeo en el ámbito de un tema que se pretendía armonizar precisamente con el objeto de cohesionar dicho mercado.

Por ello, La DDASI contiene en su artículo 5.2 b) una definición del límite de copia privada que habría de servir de modelo a los Estados miembros que sí desearan incorporar este a sus respectivas legislaciones. Esta definición del límite, aun pecando de considerable vaguedad, contiene ciertos elementos que necesariamente habrían de estar presentes en la normativa sobre copia privada que desarrollaren muchos de los Estados miembros. Entre estos elementos algunos gozan de gran concreción (*“verbi gratia”* y sin ánimo exhaustivo: hablamos de un límite y no de un derecho; el titular del límite ha de ser una persona física; si existe el límite en el ordenamiento jurídico también ha de existir una compensación equitativa), mientras que otros sufren de una vaguedad que los hace susceptible de diversas interpretaciones, con el menoscabo que esto representa para la seguridad jurídica (el uso que se realice de la copia ha de ser privado, la copia resultante no se ha de utilizar para fines “comerciales”, e incluso sobre las relaciones del límite de copia privada con la *“regla de los tres pasos”*).

No obstante, la DDASI sí que posee la vocación de eliminar progresivamente el límite con respecto a las reproducciones en formato digital. La restricción progresiva del límite se realizaría de manera

inversamente proporcional al perfeccionamiento de la “eficacia” de las medidas tecnológicas. Es decir: a mayor posibilidad de control por parte de los titulares de derechos sobre las reproducciones digitales de sus obras (tanto dentro como fuera del ámbito de la Red), menor necesidad de imponer a estos titulares de derechos un límite de copia privada que nació precisamente para protegerles y compensarles por el uso no autorizado que se hiciese de sus obras en el ámbito privado.

Resulta difícil de creer que exista una Directiva de armonización en el ámbito del Derecho de Autor en el seno de la Unión Europea al contemplar la profundamente heterogénea regulación del límite de copia privada a lo largo de sus Estados miembros. No obstante, una revisión de las respectivas legislaciones nos permite, además de comprobar la complejidad en el tratamiento de un tema que afecta a la mayoría de los ciudadanos, aseverar que en los países en los que el límite de copia privada no existe, o en aquellos en los que este límite asume un ámbito operativo más restrictivo, tienden a ser aquellos en los que el problema de la piratería resulta menos acuciante; mientras que en aquellos Estados miembros más “permisivos” para con la piratería, la formulación legal del límite de copia privada suele ser vaga y expansiva. Estos países, de los que el “ejemplo de libro de texto” es España, se han visto obligados a rectificar, y han restringido o están en vías de restringir el ámbito de actuación del límite de copia privada; lo que, también podríamos afirmar, resulta una tendencia general en toda la Unión Europea.

Así, tenemos los países que no contemplan el límite de copia privada, como Irlanda y el Reino Unido, que utilizan la (limitadísima en cuanto a su ámbito de actuación) institución jurídica conocida como “*fair dealing*” (Irlanda ha previsto además un mínimo límite de copia privada para emisiones televisivas y actuaciones en directo; y el Reino Unido un límite similar en cuanto al primer supuesto, que probablemente se ampliará para reconocer la realidad del “*format-shifting*”). Irlanda es la sede de la mayoría de las empresas que capitanean la revolución tecnológica en Europa (aunque su relajada –y algunos dirían insolidaria- política fiscal con respecto a las multinacionales tiene mucho que ver con esto-), y la industria de contenidos británica se encuentra entre las más sólidas del mundo.

Por otra parte, tenemos los países que reconocen un límite de copia privada restringido, como por ejemplo: Alemania (el límite no se aplicará a reproducciones realizadas “*a partir de una reproducción que hubiera sido puesta a disposición del público de forma obviamente ilícita*”), Austria (límite de restringido a la “*reproducción para uso personal*”), Bélgica (límite restringido

a “*reproducciones hechas dentro del círculo familiar y dirigidas exclusivamente a ese círculo*”), Dinamarca (límite de copia privada tremendamente restringido, y en el que esta ha de ser utilizada “*exclusivamente para el uso personal del propio copista o su familia*”), y Holanda (que restringe la utilización de la copia privada al “*disfrute personal estudio o uso por parte de la persona natural que ha efectuado la reproducción*”; que ha modificado “*a posteriori*” aún más el ámbito de actuación del límite; y donde entre sus responsables políticos se proclama además una voluntad decidida de caminar hacia la eliminación total del límite una vez que desaparezca totalmente la imposibilidad de controlar las reproducciones realizadas en el ámbito privado). Todos estos países tienen unos índices de la piratería sustancialmente menores a los de nuestro país. .

Otros países, como Italia, sufren porcentajes de piratería bastante altos (aunque asimismo más bajos que en España). No obstante, el que estos países contemplen en sus legislaciones un límite de copia privada más restringido (uso personal, restricción a fotogramas y videogramas, posibilidad de renunciar al límite mediante contrato), ha provocado que el país transalpino no haya sufrido la humillación de ser señalado permanentemente como un país el en que la piratería de contenidos a través de la Red resulta omnipresente, y en que las autoridades no lo impiden, como ha ocurrido con España. Otros países con un límite de copia privada “*amplio*” se han visto obligados a promover leyes “*ad hoc*” con el objetivo de terminar con la piratería, experimentando con modelos alternativos. El caso más célebre el de Francia, con la promulgación de su (ya derogada) Ley Hadopi que intentó implantar un sistema de respuesta gradual “público” o “estatal”.

Por otra parte, países en los que el límite se encontraba redactado una manera más vaga y extensiva, como por ejemplo Portugal, han intentado asimismo legislar en el mismo sentido que se ha hecho en España, intentando compensar a los titulares de derechos de explotación por la piratería a través de la recaudación procedente de una tasa o canon en concepto de compensación equitativa. Finalmente parece que en este país se va restringir severamente el límite de copia privada, lo cual es una constante en las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea, en donde ninguno de ellos ha modificado su legislación en el sentido de ampliar el ámbito de actuación límite de copia privada durante los últimos años; más bien al contrario, todas las modificaciones

legislativas practicadas sobre el límite en los países de nuestro entorno se han dirigido a restringir su ámbito de actuación ²²⁸⁸ .

Mientras tanto, en EE.UU., auténtico líder mundial en innovación tecnológica y en la industria de contenidos, existe un límite de copia privada recogido en el derecho positivo que autoriza a los usuarios a realizar cualquier tipo de reproducción en formato analógico para uso personal. Además los usuarios pueden realizar una reproducción digital de un fonograma, y también de un videograma si éstos no están protegidos por medidas tecnológicas (es decir, si el titular de derechos permite que se realice tal copia). Este límite se halla sujeto a la compensación equitativa correspondiente. Por otra parte, con motivo de la aplicación de la doctrina del “*fair use*”, se permite la reproducción por parte de los usuarios de fonogramas en reproductores de MP3. En realidad, en los EE.UU. es legal, se autoriza, o se tolera cualquier uso incidental lógico que se haga de una obra, incluyendo la realización de copias privadas para uso personal. Sin embargo, los usos “inmorales” de una obra son también ilícitos, sin que ello haya detenido u obstaculizado el avance tecnológico. Además, se otorga un gran margen a la autonomía de la voluntad, y las leyes no escritas sobre competencia (del mercado) han conseguido que se proporcione a los usuarios todas las facilidades posibles para que el usuario disfrute de una obra a la máxima capacidad. Sin embargo, a nadie se le ocurre defender en el país americano que quien descargue un archivo que contiene una obra protegida por el copyright a través de una red P2P está realizando una copia privada. En realidad, la experiencia americana demuestra que en un espacio de seguridad jurídica real y efectiva el mercado se basta y se sobra para proporcionar a los usuarios acceso con gran facilidad, rapidez y a un precio razonable, y que en este clima los usuarios podrán realizar todas las reproducciones incidentales (y no sólo necesarias sino también convenientes) al uso y disfrute

²²⁸⁸ El propio Consejo de Estado, en su Dictamen del Consejo de Estado Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013 de 11 de noviembre de 2013, y aunque este Dictamen llegue a conclusiones equivocadas, no puede menos que reconocer que “*Más allá de las consecuencias positivas que un acceso universal al conocimiento y la cultura puede socialmente conllevar, lo cierto es que la revolución digital está lamentablemente también generando una infracción masiva de los derechos de propiedad intelectual de obras y prestaciones que son la concreción del impulso innovador y creativo generado en el mundo del conocimiento, las artes, las letras y la cultura en general que es preciso defender y proteger. Frente a ello, no se disponen de medios suficientemente eficaces desde el punto de vista político, económico, tecnológico y jurídico para luchar contra estas vulneraciones, que en ocasiones se ven apoyadas o respaldadas, por corrientes de opinión promovidas desde internet, por asociaciones de internautas o por mensajes lanzados desde las redes sociales y otros ámbitos que consideran que la difusión del conocimiento debe circular libremente. De ahí que todos los países estén fortaleciendo sus sistemas de protección de derechos de propiedad intelectual y los instrumentos de reacción para hacer frente a las vulneraciones que se producen en el ámbito digital*”.

de una obra sin necesidad de que el estado imponga un límite “amplio” o “extenso” de copia privada.

Centrándonos por fin en España, el régimen legal vigente aun hoy del límite de copia privada en España es el positivizado en la Ley 23/2006, que modificó la LPI para adaptarla a las especificaciones de la DDASI. La ambigüedad en la redacción del límite de copia privada surgida de esta Ley ha contribuido a que ciertas interpretaciones “oficiales” sobre el texto del artículo 31.2 de la LPI desvirtuaran el límite hasta convertirlo en la excusa legal sobre la que se ha legalizado de hecho la piratería en España. La nueva propuesta redacción del límite de copia privada según el AMLPI 2013 proponía una restricción sustancial de su ámbito de actuación. Aunque el espíritu de la redacción del límite en el AMLPI 2013 resultaba en líneas generales adecuada y positiva, sendos informes tanto del CGPJ como del Consejo de Estado plantearon profundas críticas a la (ante) proyectada reforma del límite, de la cual quizá la más adecuada es la que se hace a su utilización del “criterio del perjuicio mínimo” para calcular la cuantía de la compensación equitativa. De tales críticas se deducía no obstante la resistencia a restringir el límite de copia privada. Asimismo se traslucía de ambas críticas una conservadora nostalgia por el sistema de compensación equitativa financiado a través del cobro de un canon digital sobre equipos, aparatos y soportes capaces de realizar copias privadas, adaptado (eso sí) a las especificaciones de la Sentencia PADAWAN. Como consecuencia del Informe del CGPJ y del Dictamen del Consejo de Estado, el prelegislador ha realizado modificaciones sobre el Anteproyecto en el PMLPI 2104 que indudablemente lo desdibujan formal, material y sistemáticamente. El afán que transluce de la redacción del Proyecto de Ley es el de no abandonar el objetivo fundamental de la reforma (financiar el límite de copia privada por medio de los Presupuestos Generales del Estado, pero presupuestar la menor cantidad posible a estos efectos, reduciendo el ámbito de actuación del límite, e utilizando de manera finalista del “*criterio del perjuicio mínimo*”). Al mismo tiempo, no obstante, el Prelegislador intenta dar la impresión de que atiende tanto al Informe del CGPJ como al Dictamen del Consejo de Estado, con una serie de desafortunadas modificaciones que el Proyecto de Ley realiza sobre el Anteproyecto. El Anteproyecto de Ley, aunque su conformidad con el Derecho Comunitario resultara sin duda debatible, ya que pretendía la cuadratura del círculo (reconocer el límite de copia privada sólo en los casos en los que este no diera lugar a compensación equitativa), resultaba al menos coherente en cuanto a su “*ratio legis*” y sus objetivos, y sin duda se trataba de una norma sistemáticamente compacta. El Proyecto de Ley

resulta impreciso en algunos de sus puntos, y de aprobarse como está no vendría a solucionar ninguno de los problemas que motivaron una reforma de la LPI. Sin embargo, la solución que este trabajo defiende (prescindir del límite de copia privada en el ámbito digital), resulta conforme con el Derecho Comunitario, y solamente contradeciría las partes meramente “ideológicas” tanto del Informe del CGPJ como del Dictamen del Consejo de Estado, que además resultan más que debatibles, ya que el mercado ya se ocuparía por sí sólo de que los ciudadanos que realizaren reproducciones digitales “éticamente buenas” no quedaran fuera de la Ley, como ocurre en otros países.

Existen obras sujetas al Derecho de Autor a las que no se aplica el límite de copia privada por razón de su propia singularidad, como por ejemplo las bases de datos electrónicas, puesto que el límite permite hacer copias de la totalidad de la base de datos, con lo que la inversión en su desarrollo carecería de viabilidad económica. El otro tipo de obras exentas legalmente del límite de copia privada son los programas de ordenador, cuya exclusión resulta más problemática de defender. Se ha intentado justificar doctrinalmente esta exención, mediante el argumento que explica que el desarrollo de programas de ordenador requiere de una gran inversión económica, y que además se intenta proteger el desarrollo de la sociedad de la información. Estos argumentos serían sin duda igualmente aplicables a las obras de creación (las obras cinematográficas, por ejemplo, requieren de inversiones en muchos casos muy superiores a los programas de ordenador; y además no hay motivo alguno por el que las obras de creación no merezcan en puridad al menos la misma protección que el “*software*”). Entonces, la discriminación entre los unos y las otras sólo se explica por razón de un “tecnologismo legal” mal entendido, que ha inspirado nuestra legislación sobre propiedad intelectual desde el año 2006 hasta hoy.

La modificación del mal llamado régimen de compensación equitativa por copia privada (ya que en hasta su abolición a finales de 2011 en puridad se trataba en realidad de un régimen de remuneración equitativa) representa la vanguardia legislativa en lo que concierne a la transformación radical de todo el sistema legal vigente sobre copia privada, y de hecho, es el único que ya se ha modificado y está vigente; aunque de manera provisional, y a la espera de que la transformación radical de todo el sistema se asiente definitivamente (o no) en los textos legales. La modificación de este sistema no traslada simplemente en la práctica, como es creencia popular, los

cerca de 140 millones de Euros anuales que se recaudaban por medio del canon digital a los Presupuestos Generales del Estado, puesto que desde el punto de vista material la propia compensación equitativa en el ámbito digital se desactiva en la práctica mediante la interacción combinada de varias reformas legales. Así, además de que la restricción del ámbito de actuación del límite de copia privada que operaba el AMLPI 2103, y en menor medida el PMLPI 2014, no deja resquicio legal alguno para afirmar de nuevo que las descargas no autorizadas sean legalmente copias privadas, con lo que bajo ningún caso serían computables a efectos de compensación equitativa. Además, la interacción de la restricción sustancial de los supuestos en que se permitan las copias privadas legítimas, con la aplicación del “*criterio del perjuicio mínimo*” a los supuestos que aún se permiten bajo la reforma, provoca que la asunción del Estado de la obligación de financiar la compensación equitativa por copia privada se diluya considerablemente, hasta el punto de que resulta técnicamente posible aplicar el “*criterio del perjuicio mínimo*” a todos los actos de copia privada digital que el AMLPI 2013 aún permite, con lo que consecuentemente no existiría la obligación de compensarlos; es decir, que la cantidad presupuestada para financiar la compensación equitativa por copia privada digital podría ascender a cero Euros. Los primeros informes oficiales realizados sobre el AMLPI 2013 parecen confirmar el análisis de este trabajo sobre el Anteproyecto de Ley ²²⁸⁹. El Proyecto de ley que viene a sustituir al AMLPI 2013, si bien diluye en parte bastantes reformas del Anteproyecto, pretende seguir aplicando de la misma forma el “*criterio del perjuicio mínimo*”. Para esto evidentemente no hace falta seguir reconociendo el límite de copia privada digital; es más, plantearía menos problemas de carácter técnico en relación con el Derecho Comunitario dejar de reconocer el límite en la LPI.

El “*criterio del perjuicio mínimo*” (que se encuentra en ambas piezas prelegislativas) proviene de una construcción canónica del límite de copia privada y de una concepción de la compensación equitativa como un método de compensación por el daño o perjuicio económico efectivamente causado a los titulares de derechos por cuenta de los actos de copia privada autorizados legalmente. Lógicamente, para que exista tal perjuicio, las copias privadas que se realicen al amparo del límite

²²⁸⁹ Ver el Informe del Pleno de Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley De Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, y de la Ley 1/2000, de 7 De Enero, de Enjuiciamiento Civil de 25 de julio de 2013. Puntos 45 y 46. Disponible en <http://adepi.net/wp-content/uploads/2013/07/Infome-L.P.I-y-L.E.C.pdf>. (Consultado por última vez el 5 de septiembre de 2013).

habrán de ser sustitutivas de aquellas que el titular de derechos comercialice en el mercado haciendo uso de las prerrogativas que su derecho de propiedad sobre la obra le confiere. Los supuestos de copia privada que se permitían realizar sin autorización de los titulares de derechos según el AMLPI 2103 no generaban copias sustitutivas que hubieran entrado en competencia con las copias comercializadas por el titular de derechos, porque que se reducían a copias realizadas con el objeto de que el usuario hubiere podido usar o disfrutar la obra que hubiera adquirido de manera legítima, o a la que hubiera accedido legalmente en el lugar (“*space-shifting*”), momento (“*time-shifting*”), o formato (“*format-shifting*”) que deseara. Entonces, el “*criterio del perjuicio mínimo*” resultaría de aplicación, con la consecuencia que resultaría en teoría posible que ninguno de los actos de copia privada digital que se hubieran permitido realizar de acuerdo a la concepción del límite contenida en el AMLPI 2013 (y en el PMLPI 2014) diera lugar a recibir compensación equitativa²²⁹⁰. En cuanto a la configuración legal del propio límite, la reforma no sólo excluía expresamente de su ámbito de aplicación las copias realizadas por terceros, sino que además de disponer que la reproducción hubiera de ser necesariamente realizada por una persona física para que esta alcance la consideración legal de copia privada, excluía expresamente del límite las copias realizadas para usos profesionales o empresariales de la persona física beneficiaria del límite. Esta es una de las novedades que se conservan en el Proyecto de Ley, motivada por la ya célebre Sentencia PADAWAN del TJUE.

Además, el AMLPI 2013 restringía radicalmente el límite de copia privada digital corrigiendo la mayor deficiencia apreciable en la redacción del artículo 31.2 derivada de la Ley 23/2006. Esta redacción incluía el novedoso elemento o requisito consistente en que el usuario habría debido consumir un “*acceso legal*” a la copia original o patrón de la obra para que su acto de reproducción alcanzara la consideración legal de copia privada. Sin embargo, este requisito se positivizó en el artículo 31.2 de la LPI aún vigente utilizando la fórmula consistente en la exigencia de que el usuario debería realizar la reproducción “*a partir de obras a las que haya accedido legalmente*”. El problema del que adolecía esta redacción es que el elemento o requisito del acceso legal se compone a su vez de dos subelementos o sub-requisitos: la exigencia de que la copia patrón sea

²²⁹⁰ El Anteproyecto excluye de manera explícita las copias realizadas para usos derivados del “*time-shifting*” y “*format-shifting*”; pero en la práctica las copias realizadas para usos (reales, no de laboratorio) de “*space-shifting*” se encuentran tan ligadas al cambio de formato de la copia, que es totalmente plausible defender que las copias realizadas con este objeto tampoco acarrearán perjuicio alguno a los titulares de derechos sobre la obra.

legítima (“*legalidad de la fuente*”), y la exigencia de que el usuario hubiera accedido a la copia patrón lícitamente (“*legalidad del acceso*”); mientras que en la redacción reseñada del artículo 31.2 de la LPI vigente sólo se exige el segundo subelemento o sub-requisito, con lo cual en principio resultaría defendible que pudiesen alcanzar la consideración legal de copias privadas las reproducciones realizadas de una “copia patrón” ilícita (una copia patrón que se encuentre en una Red P2P o en una web de almacenamiento). La reforma planteada por el AMLPI 2013 recogía ambos subelementos, disponiendo que las únicas “copias patrón” que alcanzarían la consideración de fuentes legítimas hubieran sido las adquiridas por el usuario por compraventa comercial, y excluyendo “*a contrario sensu*” todas las demás, con lo que pasarían a ser manifiestamente ilícitas no sólo todas las copias piratas descargadas de la Red, sino también las realizadas sin autorización de los autores de copias alquiladas, etc. La modificación de este elemento es la clave entonces para que se deje de utilizar el límite de copia privada como habilitador legal de la piratería. Sin embargo, el Proyecto de Ley parece desdibujar el segundo elemento de “acceso legal” que se planteaba en el Anteproyecto, el diseñado para cubrir necesidades derivadas del “*time-shifting*”, transformando un concepto tan claro de “acceso legal” como el que se deducía del proyectado artículo 31.2 b) 2º (“*Cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno*”), por el mucho más difuso “*Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no 2.º habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada*”; aunque incluso esta afirmación es dudosa, si nos atenemos al texto del artículo 25.4 de la LPI según el Proyecto de Ley, o incluso a la “interpretación auténtica” realizada por el Ministro del ramo durante el debate de Enmiendas a la totalidad.

Tan relevante como los requisitos o elementos que se exijan legalmente de manera previa o simultánea que el usuario realice una reproducción para determinar la configuración legal del límite de copia privada, son los usos que este realice de la copia con posterioridad a su realización. Parece claro que la no conformidad del usuario con los requisitos previos o simultáneos a la realización de una copia privada despojan a una reproducción de tal estatus “*ex tunc*”, mientras

que la falta de conformidad con los requisitos que se exigen legalmente con posterioridad a la realización de la copia privan a una reproducción de su estatus de copia privada “*ex nunc*”. De entre los análisis posibles de los usos posteriores a la realización de la copia, el que tiene mayor interés para nosotros es la categorización de lo que sea “*uso privado*”. La delimitación correcta de lo que sea uso privado es aquel que se realiza dentro del círculo familiar de aquella persona que realiza la copia, entendiendo como familia la tradicional basada en el parentesco, como aquella pluralidad de modelos familiares en los que las personas comparten una vida en común y una cierta intimidad bajo un mismo techo. Todo lo que exceda tales círculos, excede lo que debemos entender por “*ámbito privado*”, y por tanto todo uso o disfrute que se haga de una obra fuera de tales círculos excede lo que debemos entender a efectos legales por “*uso privado*”. La consecuencia más importante de lo que acabo de señalar es que quedarán fuera del límite de copia privada las reproducciones que se realicen con el objeto de cederlas a personas que se hallen fuera de ese ámbito, especialmente las realizadas para regalar o ceder a amigos o conocidos que queden extramuros del círculo familiar. Estos actos devendrán ilícitos (exigencia obligada del hecho de que quien realiza una reproducción al amparo del límite no tiene derecho a distribuir o comunicar la obra fuera de su ámbito estrictamente privado). Las nuevas modalidades en que se comunican y ponen a disposición de los usuarios las obras de creación a través de la Red realzan la importancia de interdicciones tales como las del “*uso colectivo*” de una copia privada, uso que se encuentra a medio camino entre el uso público y privado; es decir, no se encuentra estrictamente relacionado con los derechos tradicionales de distribución y comunicación “*al público*”, teniendo más relación con la puesta a disposición “*del público*” de obras sujetas al Derecho de Autor. Este uso colectivo que por definición se llevará a cabo en un momento posterior a la reproducción completa de la obra, por imperativo legal, deniega de forma sobrevenida el carácter de copia privada a una reproducción por sí solo, independientemente de que se realice un uso lucrativo de la misma. Con respecto a tal “*uso lucrativo*”, que como decimos representa un elemento o requisito independiente del anterior, resulta fundamental que se vuelva a una concepción tradicional de “*ánimo de lucro*” con el objeto de interpretar el “*uso lucrativo*” como todo aquel que incluya actos que comporten al usuario “*cualquier utilidad, aprovechamiento o beneficio derivado del simple goce de contenidos protegidos sin tener que pagar precio o contraprestación alguna*”. Sólo de esta manera, considerando legalmente como “*lucrativas*” las “*copias de sustitución*” realizadas de

manera ilícita por parte del usuario, se podría perseguir de manera efectiva a quienes facilitan o instigan a la realización de esas copias.

El AMLPI 2013, de haberse llegado a aprobar, hubiera devuelto todo el control a los titulares de derechos sobre la explotación de su obra, puesto que suponía en la práctica (aunque no exactamente en la letra de la norma) una derogación casi total del límite de copia privada digital. Así, el Anteproyecto de Ley, reformaba la LPI otorgando prevalencia a las medidas tecnológicas de protección sobre el límite de copia privada tanto en línea como fuera de línea, puesto que prescindía de la norma que obligaba a los titulares de derechos a garantizar la realización de al menos una copia privada a los usuarios. Las medidas tecnológicas de protección (es decir, la reducción a la práctica de la voluntad de los titulares de derechos en cuanto a como se ha de explotar su obra) se hubieran visto asimismo reforzadas por el sustancial endurecimiento del tipo penal con respecto a los actos encaminados a su elusión sustanciado por la reforma del CP que se operará de aprobarse el AMCP 2013. Sin embargo, el PMLPI 2104 representa un indudable paso atrás, puesto que elimina esta sustancial reforma que prevalecía las medidas tecnológicas de protección sobre los límites al Derecho de Autor.

Se ha hablado mucho de que la aplicación en la práctica del límite de copia privada en España durante los últimos años violaba directamente la “regla de los tres pasos” que se recoge en el artículo 40bis de nuestra LPI. Esta regla actúa como un “límite de límites”, y prescribe la invalidez de todo límite al Derecho de Autor que no cumpla con los siguientes requisitos: a) aplicarse sólo a determinados casos concretos; b) no interferir con la explotación normal de la obra por parte del titular de derechos sobre ella; y c) no debe causar a este titular de derechos un perjuicio injustificado. Este test o regla en España es en principio directamente aplicable por los tribunales, pero estos sistemáticamente deciden no aplicarla. Aunque el AMLPI 2013 no reforma la regla directamente, porque la restricción del límite practicada por el Anteproyecto de Ley, sobre todo redefiniendo el elemento del “*acceso legal*” a la copia original o patrón, colocaba a este en conformidad con las exigencias derivadas de “*regla de los tres pasos*” (algunos autores piensan que la doctrina y jurisprudencia han elaborado un cuarto criterio de la regla, en que se examinaría la licitud del método utilizado por el usuario al realizar una copia privada; y que precisamente esto significaría que el límite de copia privada sólo sería de aplicación cuando la reproducción se

realizare de un original adquirido legalmente ²²⁹¹). Las modificaciones practicadas por el Proyecto de Ley sobre el Anteproyecto “*as is*” no suponen una violación tan flagrante de la “*regla de los tres pasos*” como la practicada por la legislación vigente; pero la aparente decidida voluntad del Gobierno de negociar aún más modificaciones a la reforma hace temer lo peor.

La vanguardia de los nuevos modelos de explotación, que anuncia la desaparición paulatina de tanto de las copias físicas “*de consumo*”, como de la posesión continuada de archivos digitales que contengan obras de creación, y su sustitución por un acceso ubicuo e interactivo a las obras de creación para su uso y disfrute por parte del usuario, sin necesidad de que este efectúe una reproducción permanente, se regula en el Derecho de Autor como una especialidad del derecho de comunicación: el derecho de puesta a disposición, que se ha venido a denominar por algunos como “*derecho de acceso*”. No por casualidad, este “*derecho de acceso*” se encuentra excluido legalmente de manera explícita del límite de copia privada, o al menos existe la posibilidad legal para los titulares de derechos de explotación, cuando sus obras se pongan a disposición de los usuarios en la Red de manera interactiva, de excluir contractualmente la facultad de sus usuarios de realizar copias privadas al amparo del límite. Si la imposibilidad de controlar los actos de reproducción no autorizados en el ámbito privado de los usuarios fue la “*ratio legis*” que originó el límite de copia privada, entonces tiene todo el sentido otorgar a los titulares la posibilidad de excluir contractualmente los actos de puesta a disposición interactiva del límite, ya que la realización de tales actos se puede impedir mediante las medidas tecnológicas de protección; y si la “*ratio legis*” del límite consistía en corregir un “fallo de mercado”, tal fallo desaparece en esta nueva modalidad de explotación. Además, tras realizar un análisis de la normativa comunitaria y nacional sobre contratación con consumidores y usuarios, se ha demostrado que las cláusulas en las que se excluya contractualmente el límite de copia privada en este tipo de servicios resultan totalmente ajustadas a derecho. Es más, la protección de la realización de actos de reproducción no autorizados en este servicios de puesta a disposición interactiva (por ejemplo, eludiendo las medidas tecnológicas de protección) se podría realizar ahora tanto utilizando la LPI (responsabilidad extracontractual) como el CC (responsabilidad contractual). Este modelo anuncia el inexorable destino del límite de copia privada en el ámbito digital: desaparecer progresivamente y para siempre.

²²⁹¹ KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012. Pág. 109.

Finalmente, no existía la posibilidad de dar marcha atrás en la restricción legal tendente a la desaparición paulatina del límite de copia privada en el entorno digital, puesto que el retrotraerse a la situación anterior ya no representaba una opción viable para el Legislador, por lo que de terminar descafeinándose aún más la reforma legal prevista en relación al límite de copia privada²²⁹², la predicción obligada es la de que el Legislador no tendrá otra alternativa que prescindir totalmente del mismo, eliminándolo de la LPI (aunque quizá conservando la posibilidad de realizar copias temporales de las obras radiodifundidas, como se hace en el Reino Unido), al menos en el ámbito digital. Es eso, o volver a la Lista “*Special 301*”.

²²⁹² Y los primeros informes realizados sobre el AMLPI 2013 apuntaban en este sentido. Ver el Informe del Pleno de Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley De Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, y de la Ley 1/2000, de 7 De Enero, de Enjuiciamiento Civil de 25 de julio de 2013. Puntos 45 y 46. Disponible en <http://adepi.net/wp-content/uploads/2013/07/Infome-L.P.I-y-L.E.C.pdf>. (Consultado por última vez el 5 de septiembre de 2013). El avance publicado en los medios de comunicación sobre el Dictamen del Consejo de Estado relativo a esta misma reforma no parecía ir en la dirección adecuada (el Dictamen completo no estuvo disponible hasta la aprobación del PMLPI 2104 por el Consejo de Ministros, y resultaba imposible conseguir una copia del texto completo, me informaron personalmente en la propia sede madrileña del Consejo de Estado). Lo publicado en su momento está en PRIETO, DARÍO, *Reprimenda del Consejo de Estado a la Ley de Propiedad Intelectual*, Diario El Mundo, 18 de noviembre de 2013. Disponible en <http://www.elmundo.es/cultura/2013/12/05/529fd04863fd3d96058b4594.htm>. (Consultado por última vez el 24 de enero de 2014). Una vez consultado el texto completo del Dictamen, mis prejuicios se convirtieron en juicios fundados: Me extrañaría que la reforma saliera adelante.

CONCLUSIONES FINALES.

1. La tecnología digital e Internet representan la mayor revolución en la historia de la humanidad desde la aparición de la imprenta. Esta revolución se muestra en todo su esplendor en el ámbito de la creación y de la posterior explotación comercial de sus frutos. En la Red toda comunicación de una obra implica necesariamente su reproducción. La tecnología digital en la Red permite la comunicación o transmisión instantánea global de archivos digitales que contengan obras de creación (característica de “*transmisibilidad*”), y la calidad de estos archivos no se degrada a través de sus sucesivas reproducciones, como sucedía en el ámbito analógico (característica de “*no degradabilidad*”). Sin embargo, la transmisibilidad inherente a la Red puede dar origen a diversas situaciones de “*abuso invisible*”. El “abuso invisible” relevante para nuestro estudio es la comunicación no autorizada de obras de creación en el ámbito de la Red sin autorización de sus autores (o de sus titulares de derechos de explotación), sin que estos reciban compensación económica alguna por su trabajo o inversión económica.
2. La regulación legal dirigida al reconocimiento y protección del acto de creación de una obra, y de la protección efectiva de las facultades de explotación económica sobre los frutos de tal acto es el objeto del Derecho de Autor. La explotación comercial de una obra por parte de su autor es consecuencia de la existencia de un derecho de propiedad del que este goza que tiene características especiales con respecto a otros derechos de propiedad, y que denominamos propiedad intelectual. La aplicabilidad de la propiedad intelectual al ámbito de la Red ha sido criticada por parte de los autores del grupo doctrinal “revisionista” (del Derecho de Autor), sin que esto hayan presentado (hasta hoy) un modelo alternativo “éticamente bueno” y económicamente viable. El ejercicio de las facultades derivadas de los derechos de explotación en la Red se protege directamente por sus titulares mediante el empleo de una capa de “*código*” o “*software*” que recibe la denominación legal “*medidas tecnológicas de protección*”. En un futuro cercano los autores serán capaces de proteger sus nuevas creaciones casi exclusivamente mediante el empleo de estas “*medidas*”, y la función del Estado se limitará a sancionar los actos no autorizados de elusión contra ellas. Hasta que esto ocurra, hoy, la obligación de un Estado responsable es la de orientar su política a proteger de manera efectiva a los titulares de

Derechos de Autor contra el uso no autorizado de sus obras en la Red. Sólo el Estado cuenta con los medios materiales y la legitimación moral necesaria (el monopolio de la violencia) para realizar esta misión; medios y legitimación que derivan directamente de su legitimidad democrática.

3. Desde que nace NAPSTER en 1999, y durante los años iniciales de la primera década del S. XXI resultaba muy difícil impedir técnicamente la reproducción no autorizada de un archivo digital, y además el Derecho de Autor se encontraba en pleno proceso de adaptación a las nuevas circunstancias. Ante la falta de una respuesta coercitiva real por parte del Estado, una parte sustancial de los usuarios se acostumbraron a utilizar sin autorización ni coste económico alguno la propiedad intelectual ajena, reflejándose esta realidad en la “*norma social*”. No obstante, en los Estados en los que se ha apostado de manera decidida por la protección de los derechos de explotación (EE.UU) se ha ganado (comparativamente) la batalla de la opinión pública. En otros países (España) se optó por experimentar con modelos alternativos a la persecución decidida de la piratería, principalmente por temor a la impopularidad política que se temía un enfoque agresivo contra la piratería conllevaría. Así, en los primeros, se ha conseguido el respeto social a las normas sobre Derecho de Autor, está mal visto decir que se piratea y, pese a su inherente complejidad, se ha logrado comunicar a los usuarios lo que les está y lo que no les está permitido hacer en la Red. En los segundos, las normas sobre Derecho de Autor han alcanzado una complejidad insoportable, los Tribunales dictan Sentencias contradictorias entre sí, y ni siquiera los especialistas en Derecho de Autor tienen una opinión unánime sobre cuales son actos lícitos e ilícitos en el ámbito de la Red. En España, se aprecia una patente falta de sensibilidad con respecto a los derechos de autor en una parte muy sustancial de los usuarios, de los ciudadanos. La reproducción no autorizada en la Red es libre “*de facto*”, las industrias de contenidos viven su momento más bajo, y los nuevos modelos legales de acceso sin descarga no llegan (NETFLIX), o resultan económicamente deficitarios y limitados en cuanto a su oferta de contenidos. La causa no es otra que la insufrible competencia desleal que representa la omnipresente piratería para las nuevas plataformas legales, que ofertan todos los contenidos, sin respetar las “ventanas” de exhibición, y sin pagar derechos.

4. Objetivamente, en España no se respeta el Derecho de Autor, la industria de contenidos y la propia creación se encuentra en estado de emergencia en todos sus sectores, y así se ha consignado por parte de sucesivos informes “*Special 301*” publicados por el Departamento Comercial de EE.UU. En estos informes, se identifica la tergiversada interpretación “oficial” del límite de copia privada que realizó la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2006 como una de las causas principales de la omnipresente piratería, puesto que calificaba legal y literalmente a las reproducciones no autorizadas realizadas a través de Redes P2P y similares como copias privadas lícitas. De igual manera ocurre con las webs de enlaces, cuyas actividades bajo este baremo serán lícitas, puesto que si reproducir sin autorización un archivo digital desde una Red P2P o una red de almacenamiento es lícito, entonces facilitar esta reproducción al usuario enlazando a un determinado archivo digital que se encuentre en una red P2P o de almacenamiento será lógicamente lícito.

5. El límite de copia privada, en su concepción clásica y comúnmente aceptada es un límite legal al derecho de reproducción, que sustituye el preceptivo derecho del que gozan los titulares de derechos de explotación a autorizar (o prohibir) un determinado acto de reproducción de una obra objeto del Derecho de Autor, y sujeta a su normativa. El límite nació y se desarrolló durante la era analógica, con el único propósito, desde la perspectiva del Derecho de Autor, de autorizar subsidiariamente por Ley determinadas reproducciones analógicas de una obra, que resultaban imposibles de autorizar o prohibir directamente por parte de su titular de derechos. La sustitución legal del “*ius prohibendi*”, especialmente en lo que respecta a los ingresos dejados de percibir por el titular del derecho de reproducción en contraprestación por autorizar la reproducción de su obra en el mercado, se intentaba compensar así mediante un sistema de “*remuneración compensatoria*” (que ahora se denomina “*compensación equitativa*”, respondiendo a una evolución material que va más allá del mero cambio de nomenclatura). Esta “imposibilidad de control” desaparece paulatinamente en el ámbito digital (fuera de línea, pero especialmente en línea) de manera inversamente proporcional al aumento de la eficacia en las medidas tecnológicas de protección. El límite de copia privada así nació como respuesta al desequilibrio causado por un avance tecnológico y paradójicamente deja de resultar necesario por cuenta de otro avance tecnológico.

6. La interpretación del límite de copia privada realizada en España por la Fiscalía General del Estado mediante Circular 1/2006 ha sido posteriormente adoptada por numerosas Sentencias de Órganos Jurisdiccionales competentes (aunque no unánimemente). Esta interpretación dista radicalmente de aquella comúnmente aceptada del límite, ya que amplía de manera sesgada el ámbito de actuación de este para forzar una artificial equivalencia copias piratas=copias privadas. Así, violenta el artículo 31.2 de la LPI, malinterpretando u obviando directamente varios elementos del límite (por ejemplo, el importantísimo elemento de “*acceso legal*”, la prohibición de uso colectivo o lucrativo posterior de la reproducción realizada al amparo del límite, o incluso el propio concepto de “*uso privado*”). Por otro lado, y ya fuera de la interpretación de la Circular 1/2006, la exacción de la tasa destinada a compensar equitativamente a los titulares de derechos de explotación por cuenta del límite, incluso se realizaba sobre personas jurídicas, cuando el artículo 31.2 de la LPI (así como el artículo 5.2 b) de la DDASI) exigen para que podamos hablar de copia privada, de manera explícita y taxativa, que esta se realice exclusivamente por una persona física. Así, por un lado se forzaba la interpretación del límite de copia privada para que cubriese actos de piratería, y por otro se universalizaba la exacción del canon digital, con el objeto de recaudar lo suficiente para compensar a los titulares de derechos por las pérdidas ocasionadas por la piratería; compensación indirecta que se llevaba a cabo a través de las sociedades de gestión.
7. Este sistema, que hundía sus raíces en posiciones doctrinales “revisionistas” del Derecho de Autor”, y que estaba pensado para permitir y compensar una minoría de actos de reproducción no autorizada realizados casi residualmente por los usuarios con conocimientos informáticos más avanzados, provocó la generalización de la piratería. Así, pronto la inmensa mayoría de los ciudadanos que disponían de algo tan común como un ordenador y una conexión a Internet (incluso aquellos que acataban y respetaban escrupulosamente el resto del ordenamiento jurídico), comenzaron a infringir el Derecho de Autor de forma masiva. Muchos ciudadanos entienden hoy que el Derecho de Autor no impera en la Red (confusión alimentada paradójicamente por no pocos medios de comunicación, que “viven de vender contenido”). Pronto incluso el sistema “amplio” de compensación equitativa (pero no la libertad fáctica de copia no autorizada) se comenzó a contestar socialmente. Ciudadanos que no veían nada malo en parasitar la propiedad intelectual ajena, desarrollaron una profunda animadversión hacia el

canon digital destinado a compensar en parte tal expolio. El límite de copia privada es (valga la redundancia) un límite a un derecho de explotación emanado del Derecho de Autor: el derecho de reproducción; pero nunca un derecho de los usuarios él mismo, lo cual significa que ha de interpretarse restrictivamente. En España durante los últimos años se ha practicado una interpretación irracionalmente extensiva del límite, que ha terminado por convertirlo conceptualmente en un derecho en la mente de una parte sustancial de los ciudadanos/usuarios, que además actúan como si lo fuera. No obstante, la repercusión indiscriminada de la tasa o canon digital a todos (tanto a personas físicas como jurídicas, e incluso a administraciones públicas) llegó a su fin al declararse esta contrario al Derecho Comunitario por la Sentencia PADAWAN del TJUE. El Gobierno de España como respuesta asumió la financiación de la compensación equitativa reduciéndola de ciento cuarenta millones anuales a cinco (proyectados para el año 2012, aunque la cifra final fue exactamente 8.636.728,09 de euros). Sin embargo, a día de hoy, ya que el único artículo efectivamente reformado en la LPI es el 25, la piratería en la Red sigue resultando en la práctica lícita, y la definición legal del límite de copia privada (y por tanto su ámbito de actuación) aún es la emanada de la Ley 23/2006 de 7 de julio. La reforma parcial de la LPI que desea realizar el Gobierno de España se halla estrechísimamente relacionada con la dramática reducción de la cuantía destinada a financiar la compensación equitativa.

8. Fracasado todo intento del legislador español destinado a aprobar legislación “*ad hoc*” dirigida a perseguir la piratería en línea (proyecto que se puso en marcha a finales de la década pasada, tras constatar la generalización y el crecimiento exponencial de la piratería en línea), y diseñada esta legislación sobre todo para actuar contra las webs de enlaces por vía administrativa (la llamada “*Ley Sinde*”), tras un largo y farragoso proceso (que implicó a dos Gobiernos de signo político distinto), la Ley y el Reglamento resultante han resultado ser un híbrido inoperante en cuanto a sus resultados prácticos. Por otra parte, la modificación del sistema de compensación equitativa a día de hoy, no compensa a los titulares de derechos ni por cuenta de la piratería, ni por cuenta del perjuicio causado a los titulares de derechos bajo el régimen del límite de copia privada aún vigente, incluso de realizarse una interpretación restrictiva de este (que por supuesto no incluiría la piratería). Consecuentemente, parece lógico desconfiar de la potencial efectividad práctica que traería consigo una eventual versión final de las reformas proyectadas

(sobre todo si es negociada entre las distintas fuerzas políticas del nuevo mapa electoral surgido tras la reciente votación para el Parlamento Europeo, ya que de los programas políticos de muchas de las nuevas formaciones se extraen posturas sobre el problema que van desde un irresponsable “*Laissez-faire*”, hasta la abolición práctica del Derecho de Autor en la Red).

9. La Constitución española no representa un impedimento para restringir o incluso eliminar el límite de copia privada del Ordenamiento Jurídico español. Los derechos morales emanan del artículo 20.1 b) de la CE (es decir, de un derecho fundamental, o según cierta terminología de un “*derecho nominal y sustancialmente fundamental*”), y protegen el propio acto de creación. Los derechos de explotación sobre el fruto surgido de tal creación (la obra) derivan principalmente del derecho de propiedad del artículo 33 de la CE, sin perder de vista asimismo el artículo 38 que protege la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (es decir, de lo que en la CE se denominan “*derechos de los ciudadanos*” -o según la terminología mencionada más arriba- “*sustancialmente fundamentales*”). Sin embargo, el límite de copia privada no deriva ni de los derechos y libertades del Capítulo II, ni de los principios informadores del Capítulo III (ambos insertos en el Título I de la CE) sino que es un límite legal cuya justificación única es la oportunidad (la “*imposibilidad de control*”, el “*fallo de mercado*”). En el ámbito digital, los problemas fácticamente irresolubles que venía a solucionar el límite de copia privada se subsanan mediante la utilización de las medidas tecnológicas de protección. A mayor eficacia de estas, menor necesidad del límite, puesto que tanto la “*imposibilidad de control*” como el “*fallo de mercado*” desaparecerán, y el control por parte de los titulares de derechos de explotación se realizará previamente, “desde fuera”, y de manera que el usuario no resulta personalmente identificado, lo que soluciona las legítimas objeciones que se pudieran plantear conforme al derecho de intimidad.

10. Relacionado con el punto anterior, y a pesar de que los derechos morales (a diferencia de por ejemplo en EE.UU.) gocen en España y en el ámbito europeo de gran consideración y máxima protección, puesto que emanan directamente del artículo 20.1 b) de la CE, en relación con el límite de copia privada son quizá los de menor relevancia. De la lista de derechos morales recogida en el artículo 14 de la LPI, el único que es realmente de aplicación es el que faculta exclusivamente al autor para autorizar la divulgación de su obra, y para imponer las

condiciones que considere oportunas en lo referente a su divulgación. Efectivamente, el propio artículo 31.2 de la LPI exige entre los elementos habilitadores del límite el que la obra se halle previamente divulgada (entendemos que bajo las condiciones exigidas por el autor, bajo su propio nombre o no, etc.). En los pocos casos en que las obras se divulgaron de manera ilícita previamente a fecha elegida por el autor para ponerlas en el mercado, se encontró judicialmente responsabilidad penal sólo para aquel que había puesto en circulación la primera copia. Lógicamente, esta primera copia se multiplicó en la Red de manera exponencial. Bajo la interpretación que del límite de copia privada realizó la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, las reproducciones posteriores a la primera copia deberían calificarse como copias privadas (y por tanto lícitas, puesto que cuando se incumplía cualquier otro requisito o elemento así se consideraban). Además, y bajo la misma Circular, el acto de quien hubiera puesto en circulación la primera “copia patrón” hubiera quedado fuera del ámbito penal si este sujeto hubiere actuado sin ánimo de lucro “comercial” (por ejemplo, si hubiere divulgado la obra por motivos “ideológicos”). Resulta así esta reducción al absurdo significativa de a qué extremos se puede llegar con la interpretación que del límite de copia privada realizó la Circular 1/2006 (absurdos en algunos casos reales, puesto que en el caso Elrincóndejesus.com, un Juez de lo Mercantil, basándose en la Circular, escribió negro sobre blanco en su fallo que todo lo que estuviera en el “*gran almacén que es Internet*” resultaba libremente reproducible por cualquiera)

11. El derecho de reproducción que el límite de copia privada legalmente restringe es el derecho de explotación esencial al ámbito digital, ya que en la Red toda comunicación equivale una reproducción. El derecho de reproducción faculta a los autores y demás titulares de derechos para prohibir o autorizar (normalmente a cambio de una contraprestación económica) cualquier fijación de una obra, y en cualquier tipo de soporte; ya sean fijaciones permanentes, o fijaciones técnicamente provisionales, pero que gocen de una significación económica (como las que se realizan en la “memoria sólo para lectura” -o “ROM”- de un ordenador cuando se comunica una obra vía “*streaming*”). Estas últimas, que serán pronto las más importantes desde todos los puntos de vista (cuantitativo, económico), al ser reproducciones en el sentido legal del término, estarían en principio sujetas al límite de copia privada. Sin embargo, la propia Ley las excluye de manera expresa del ámbito de actuación del límite (como también hace la DDASI), siempre

que se pongan a disposición de los usuarios, mediante licencia, y de forma interactiva (normalmente protegidas por medidas tecnológicas de protección anti-copia, aunque esto no es en puridad un requisito legal). Esta exclusión obedece a que el sistema diseñado por la UE anunció desde un principio la devolución paulatina de la totalidad de su “*ius prohibendi*” a los titulares de derechos de explotación en el ámbito digital, precisamente porque se preveía que el problema de la “imposibilidad de control” sobre las reproducciones domésticas no autorizadas terminaría por solucionarse en la era digital, a medida que aumentase la eficacia de las medidas tecnológicas de protección. En este escenario, la necesidad de un límite de copia privada desaparece. La práctica totalidad de los movimientos tanto legislativos como jurisprudenciales en el seno de la UE apuntan a que en el futuro los titulares de derechos gozarán de nuevo de un control total sobre la explotación de su obra.

12. Para este trabajo, la norma más relevante emanada de la UE es la DDASI; y la última modificación realizada sobre la LPI (por Ley 1/2006) adaptaba esta norma a las disposiciones de aquella. La DDASI se adscribe a un “sistema cerrado” de limitaciones y excepciones a los derechos de explotación. En la DDASI, conviven límites de preceptiva trasposición por parte de los Estados miembros con otros de trasposición facultativa. El límite de copia privada pertenece a estos últimos. Sin embargo, en caso que un Estado miembro de la UE decida adoptar el límite de copia privada a su ordenamiento jurídico, existen requisitos o elementos de este que necesariamente habrán de estar presentes en la Ley nacional, siendo el más importante el que se arbitre un sistema de compensación equitativa adecuado y suficiente (de lo contrario se requisaría sin más la propiedad). Como se ha apuntado, la cifra de algo más de ocho millones de euros anuales que el Estado destinó en este concepto para el año 2012, no resulta adecuada ni suficiente ni siquiera para compensar el límite de copia privada del artículo 31.2 de la LPI vigente interpretando este de la manera más restrictiva posible. La solución que propone el Gobierno de España, tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de ley que reformarían el límite de ser aprobados “*as is*”, es restringir el ámbito de actuación del límite hasta un punto en que ni siquiera resulta necesaria la existencia de este. España podría entonces estar infringiendo la norma comunitaria en estos momentos (compensación equitativa inadecuada e insuficiente), y también una vez que se aprobara la proyectada reforma restrictiva del límite, puesto que es un límite de copia privada que no cubre más que reproducciones de

las denominadas de “*perjuicio mínimo*”, que no requieren compensación, pero tampoco habilitación legal, puesto que lo normal es que se licencien libremente por parte del titular de derechos. Por tanto, lo más acorde con las disposiciones del Derecho Comunitario sería eliminar completamente el límite de copia privada digital de la LPI, lo cual no cambiaría en nada la realidad de los usuarios con respecto a las facultades de copia que potencialmente tendrían de acuerdo con la versión legal del límite que se pretende aprobar.

13. El límite de copia privada vigente, tal y como se ha venido interpretando y aplicando en nuestro país, no resistiría examen de equidad alguno. Tanto en el Derecho anglosajón como en el continental se prevén exámenes de equidad que tienen por objeto fiscalizar la regulación legal de un límite al Derecho de Autor en sí mismo considerado, o su aplicación práctica abusiva, cuando resulte lesiva para los titulares de derechos. En los EE.UU., los actos que ha amparado el límite en España (como por ejemplo, licitar las descargas), no se consideran “*fair use*”. En España, la interpretación que se ha realizado del artículo 31.2 vigente de la LPI, no soportaría un examen que utilizara con un mínimo rigor la “*regla de los tres pasos*” (recogido en el artículo 40bis de la propia LPI, y por la propia DDASI). Y sin embargo, la reforma que proyecta el Gobierno, aun resultando positiva en todo lo que concierne a la reducción del ámbito de actuación del límite, y conforme (esta vez sí) con la “*regla de los tres pasos*” plantea dudas de conformidad con el Derecho Comunitario en lo que respecta a la cuantía de financiación de la compensación equitativa, precisamente por el uso que se realiza del concepto de “*perjuicio mínimo*”. Así que, resultando disconforme el límite con la normativa Europea en su versión “extensa” (por contravenir la regla de los tres pasos), y en su versión “restrictiva” (por la presumible utilización inadecuada que se hace del concepto de “perjuicio mínimo”), las opciones que le quedan al legislador son tres: a) Repensar la utilización que se hace del concepto de “perjuicio mínimo” en su relación con la compensación equitativa, y aumentar considerablemente la partida destinada a financiar esta; b) Volver a un sistema de canon digital adaptado a las exigencias de la Sentencia PADAWAN, discriminando su exacción de forma que “*de facto*” sólo se repercuta en las personas físicas (y no en todas, pensemos en una persona física que adquiere un aparato o soporte capaz de realizar o albergar reproducciones para uso profesional); c) Eliminar el límite del Ordenamiento Jurídico para las copias digitales, tomando como modelo las legislaciones del Reino Unido o Irlanda (las cuales no se mencionan en la

crítica que realiza el Consejo de Estado sobre la Reforma proyectada, y su supuesta insolidaridad hacia el mercado interior europeo). Por todo lo explicado, este trabajo defiende la tercera opción

14. Las medidas tecnológicas de protección han adquirido ya el suficiente grado de eficacia como para permitir un control al menos suficiente por parte de los titulares de derechos de explotación de sus obras en el ámbito digital (como demuestran modelos de negocio basados en la comunicación de obras audiovisuales en la Red vía “*streaming*”, que se cimentan en la eficacia de sus medidas tecnológicas anti-acceso no autorizado y anti-copia), eficacia que aumenta progresivamente y con gran celeridad. Además, las medidas tecnológicas de gestión permiten corregir los “*fallos de mercado*” que se intentaban subsanar mediante el límite de copia privada. La legislación comunitaria (incluso desde los “*Green Papers*” anteriores a la DDASI) está diseñada como un sistema de transición sostenible mientras se producen las circunstancias idóneas para que legalmente se produzca la devolución total a los titulares de derechos de todas las facultades de control sobre la explotación de sus obras en la Red, o utilizando la Red (que será la explotación fundamental a corto plazo, y prácticamente la única relevante a medio plazo). Entre los países de nuestro entorno miembros de la UE, los que han adoptado en sus legislaciones un límite de copia privada más “extensivo” son los que han sufrido un mayor impacto de la piratería en línea, mientras que los que asumieron un límite restringido, o directamente no lo contemplaban en sus legislaciones son los que a día de hoy mantienen una industria cultural más saneada. Entre los primeros, se puede apreciar una restricción sustancial y paulatina del ámbito legal de actuación del límite de copia privada digital (que no analógico). Así, en Derecho comparado se puede apreciar una tendencia general a restringir progresivamente el límite en el ámbito digital, con la mirada puesta en su eliminación del Ordenamiento Jurídico cuando se dé por fin el momento propicio.
15. Se observan en el límite de copia privada elementos objetivos y subjetivos. Entre los primeros se encuentran la exigencia previa de que se realice un acto de reproducción de la obra; que tal acto no hubiese sido autorizado previamente por el autor (el límite es una autorización legal subsidiaria); que la obra estuviese protegida por el Derecho de Autor en el momento de la reproducción (si la obra está en el dominio público no es necesaria autorización alguna); que

la obra no sea un programa de ordenador ni una base de datos (son obras con normas propias en cuanto a sus límites legales); que la obra esté ya divulgada en el momento que se realice el acto de reproducción (la facultad de divulgación es un derecho moral del autor); los soportes en que se pueden realizar copias privadas (todos); las consecuencias derivadas de que la “copia patrón” de la obra se halle o no protegida por medidas tecnológicas; y la obligación legal de compensar o remunerar equitativamente a los titulares del derecho de reproducción por el perjuicio económico que la existencia del límite les cause. Entre los elementos subjetivos se observan los siguientes: que el beneficiario del límite sea una persona física; que esta haya accedido legalmente a la “copia patrón” de obra; que el uso posterior de la reproducción realizada se haga en el ámbito privado o familiar de la persona física copista; que esta persona no realice un uso posterior colectivo de su copia privada; y que este uso posterior tampoco sea lucrativo.

16. De entre los elementos objetivos, resulta reseñable o relevante el que el límite de copia privada es una autorización legal sustitutiva del “*ius prohibendi*” que constituye el derecho de propiedad del autor o titular de derechos de explotación; es decir, se sustituye la exclusiva facultad del autor para autorizar una reproducción de su obra. Algunas de las principales razones que se han aducido para excluir el límite de copia privada tanto de los programas de ordenador como las bases de datos se basan en la extrema facilidad con que estas se pueden reproducir sin autorización en el ámbito digital, así como en el alto coste económico que desarrollar tales obras conlleva. Paradójicamente tales razones resultan en el ámbito digital igualmente aplicables al resto de obras de creación que sí son objeto del límite. En cuanto a que la reproducción se autorice en cualquier soporte, las consecuencias inherentes a que el soporte sea analógico o digital varían radicalmente, por cuenta de las distintas características que la copia analógica posee (degradabilidad, dificultad para su transmisión en masa, imposibilidad de control en el ámbito doméstico). Así, a pesar de su marginalidad creciente, se debería conservar el límite de copia privada en el ámbito analógico, puesto que aquí aún persiste la “imposibilidad de control” (aunque los puentes que comunican la copia analógica y la digital –especialmente en el sentido que conduce desde la analógica hacia la digital- se multiplican).

17. Especial importancia merece la consideración de que la obra se halle protegida por medidas tecnológicas y todo lo relativo a la compensación equitativa. Sobre este último elemento hay que añadir que en tanto en el Anteproyecto de Reforma de la LPI del año pasado (o AMLPI 2013), como en el Proyecto de Reforma de la LPI de este año 2014 (o PMLPI 2014), se restringe sustancialmente el ámbito de actuación del límite de copia privada con respecto a la redacción vigente, calificándose los supuestos que aún se permiten como de “*perjuicio mínimo*” para los titulares de derechos, con la consecuencia de que precisamente por ese motivo no entrarían en el cómputo de la compensación equitativa (reproducciones realizadas por necesidades de “*time-shifting*” -aunque en el PMLPI 2014 se elimina el importantísimo requisito de que la copia que se haga por este motivo ha de ser temporal, lo cual es una deficiencia técnica considerable-; reproducciones entre aparatos y soportes por necesidades de “*format-shifting*” y “*space-shifting*” –que se permiten rutinariamente y de manera espontánea por parte de los titulares de derechos, puesto que si el usuario no pudiera legalmente realizar una reproducción desde su ordenador personal a su iPod, el iPod se convertiría en un aparato inútil-). Así se intenta fundamentar la (muy) sustancial reducción de la cantidad que el Gobierno presupuesta para financiar la compensación equitativa con respecto a los tiempos de esplendor del canon repercutido de manera indiscriminada. La restricción del ámbito de actuación del límite se explica entonces porque ha de existir una concordancia entre el perjuicio efectivamente causado por su ejercicio y la compensación equitativa, pero este sistema dibujado en el AMLPI 2013 ya había provocado las primeras críticas (por parte del CGPJ y por parte del Consejo de Estado) incluso antes de la conversión del AMLPI 2013 en Proyecto de Ley. La solución es, en lugar de volver a realizar una interpretación heterodoxa del límite de copia privada para tratar de conseguir unos objetivos políticos concretos, eliminarlo del Ordenamiento Jurídico; ya que: a) Parece claro que hay que restringir el ámbito de actuación del límite de copia privada, en ningún caso extenderlo; y b) para el usuario, la diferencia práctica entre el límite de copia privada que se pretende implantar y la eliminación del límite de copia privada digital no es ninguna. Sin embargo, de insistir en el modelo de límite de copia privada y compensación equitativa que proponen tanto el AMLPI 2013 como el PMLPI 2014, el legislador se arriesga gravemente a que desde Europa se declare todo el sistema contrario a la normativa comunitaria, porque resulta defendible que la regulación propuesta vaya contra el espíritu de la compensación equitativa propuesta en la DDASI.

18. Por tanto, si quería conseguir su propósito último o principal, el Legislador debía necesariamente practicar la restricción del ámbito de actuación del límite de copia privada, que en el Anteproyecto de Ley se había operado mediante la redefinición de algunos de sus elementos subjetivos, muy principalmente del concepto y alcance del esencial elemento o requisito del “*acceso legal*”. La redacción vigente del límite no distingue entre “*legalidad de acceso*” y “*legalidad de la fuente*”, y tal indeterminación permitió que se sustanciara la interpretación “oficial” que disponía que cualquier acceso que se realizara a la obra (incluso algunos manifiestamente antijurídicos) sería lícito. La redacción del artículo emanada del AMLPI 2013 redefinía el concepto de “*acceso legal*” a través del prisma de la “*legalidad de la fuente*”, entendiendo que solamente serían sido “*copias patrón*” lícitas aquellas que el usuario hubiera adquirido mediante compraventa comercial, y en todo caso el titular de derechos incluso conservaría tras el acto de compraventa la facultad de no autorizar copias privadas. Tal voluntad en la reforma del AMLPI 2013 se expresaba de manera indirecta mediante el empleo por el titular de derechos de medidas tecnológicas anti-copia en el archivo digital que albergara la “copia patrón” (había que llegar a tal conclusión a través de la constatación de que el AMLPI 2013 derogaba el artículo 161.1 de la LPI, que establece que, en principio, y con carácter general, los límites a los derechos de explotación, incluyendo el límite de copia privada, prevalecerán frente a las medidas tecnológicas de protección) Con un ámbito tan reducido de actuación del límite de copia privada en el ámbito digital como el que proponía el AMLPI 2013 la existencia del propio límite se hacía innecesaria. (el Proyecto de Ley “rehabilita” el artículo 160.1 de la LPI, así como el 160.4, que indirectamente – permitiendo al titular de derechos implantar medidas tecnológicas que limitaran el número de copias privadas, se entiende que tras la primera- permitía al usuario realizar al menos una copia privada cuando el titular de derechos hubiere implantado medidas anti-copia en la “*copia patrón*”, y que también desaparecía de la LPI conforme al Anteproyecto). A los actos de reproducción permitidos por la proyectada reforma del límite reseñados, se añadían las reproducciones temporales de retransmisiones televisivas (“*time-shifting*”), aunque en el proyecto de Ley esta reforma asimismo se desdibuja, eliminándose el requisito de temporalidad, lo cual no impide que asimismo se consideren asimismo estas reproducciones de “perjuicio mínimo” en el artículo 25.5 de la LPI según el Proyecto de Ley. Al eliminarse el

requisito de temporalidad, el usuario puede legalmente dedicar estas copias a engrosar su videoteca, con lo que se convertirían en sustitutivas del original. A pesar de ello el legislador ha decidido no computarlas a efectos de la compensación equitativa, lo cual resulta más que discutible a efectos de la normativa comunitaria.

19. La restricción del elemento del “*acceso legal*” entonces, ayudaba a definir otros elementos del límite que sufren de gran vaguedad conceptual según su definición legal vigente. Entre estos elementos se hallaban el “*uso colectivo*” o el “*uso lucrativo*” de la copia que se hubiera hecho “*a posteriori*” de su realización, y que niegan “*ex nunc*” el carácter de copia privada a esta de realizarse. Al restringirse la fuente “*patrón lícita*” a los casos enumerados en el proyectado nuevo artículo 31 de la LPI, toda reproducción que se realice desde tales fuentes devendrá ilícita, perdiendo importancia la especificación de los elementos citados. No obstante, “*privado*” se ha de equiparar con “*doméstico*”, y “*lucrativo*” con cualquier situación en que la reproducción se convierta en una “*copia de sustitución*”; y así por ejemplo, las reproducciones que se hagan al amparo del límite no cubrirían aquellas que se realicen por el usuario para regalárselas a un amigo.
20. La restricción del límite de copia privada proyectada, así como la aprobación de otras normas relacionadas (como por ejemplo el fortalecimiento de la protección penal contra los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección) hubiera resultado muy positiva de no haber sufrido la reforma modificaciones ya en el paso de Anteproyecto a Proyecto de Ley que la han desnaturalizado en parte. Las críticas realizadas al Anteproyecto por parte de los Informes del CGPJ y del Consejo de Estado, han sido escuchadas en parte por el prelegislador, aunque este parece resistirse a modificar la “*pièce de résistance*” del Anteproyecto (la eliminación del sistema de canon digital indiscriminado, y la financiación de la compensación equitativa a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, completada con un límite de copia privada muy restringido, y matizado con la calificación de “*perjuicio mínimo*” de los actos que aún cubre el límite a efectos de su computación para calcular el montante destinado a financiar la compensación equitativa). Así, el Proyecto de Ley realiza modificaciones sobre el Anteproyecto que diluyen su calidad técnica y amplían en principio de nuevo el ámbito de actuación del límite de copia privada con respecto al Anteproyecto (se conservan de nuevo los

artículos 161.1 a) y 161.4 de la LPI, provocando que el límite prevalezca sobre las medidas tecnológicas de protección, y se modifica el artículo 31.2 b) 2º de la misma Ley de forma que resulta difícil aseverar lo que signifique, especialmente si se pone en relación con el proyectado artículo 25.4). Por ello es de temer que nos hallemos ante una nueva “*Ley Sinde*” (años de tramitación de una norma que termina careciendo de la menor eficacia práctica). La crítica realizada en los Informes sobre el Anteproyecto parece certera cuando argumenta que el límite de copia privada habría de cubrir algo más que situaciones de las que se derive un “perjuicio meramente mínimo” para los titulares de derechos, puesto que de otra manera la propia existencia del límite parece a todas luces innecesaria. El modelo de puesta a disposición licenciada e interactiva de obras de creación en el ámbito de la Red para su uso y disfrute, que será el principal en poco tiempo, resulta incompatible con el límite de copia privada tanto dentro como fuera de la propia Red. Los ambientes “en línea” y “fuera de línea” se encuentran estrechamente relacionados y son permeables entre sí.

21. Por ello, la única opción eficaz, y que puede venir a solucionar una situación que requiere urgente actuación legislativa es la eliminación total del límite de copia privada en el ámbito digital, devolviéndose a los titulares de derechos la facultad de autorizar la reproducción de sus obras. Tal autorización se entenderá prestada de manera tácita cuando estos exploten sus obras sin incluir en el soporte en que estas se hallen fijadas medidas tecnológicas de protección. En cuanto a aspectos menores, como por ejemplo la determinación del número de copias que podría realizar el usuario, o en qué soportes se hallaría autorizado a realizarlas, se estará a lo que disponga la licencia que otorgue el titular de derechos, a la que se habrá de adherir el usuario. Las licencias también podrán ser utilizadas en los casos en que el titular desee disponer gratuitamente de sus derechos de explotación. La realidad del mercado y de la competencia se encargará de eliminar del mismo a los titulares de derechos que intenten incluir en sus licencias cláusulas desproporcionadas o irracionales, como por ejemplo restricciones injustificadas a las reproducciones gratuitas por parte de los usuarios para usar o disfrutar una obra en un formato diferente a aquel en que se comercialice una obra. La nueva realidad digital significa que ha llegado el momento de devolver a los titulares de derechos de explotación el control absoluto sobre la manera en que quieran disponer de su propiedad intelectual. Lógicamente la eliminación del límite originará cierto revuelo mediático y cierto malestar inicial entre algunos

usuarios (especialmente entre los que tienen el hábito de no pagar por los contenidos que usan o disfrutan más interiorizado), aunque la diferencia práctica para ellos entre la eliminación del límite y la restricción que se contempla en la proyectada reforma es mínima o incluso nula. La alternativa es esperar, plantear reformas inoperantes, y terminar eliminando el límite para el ámbito digital cuando ya sea demasiado tarde y ya lo hayan hecho todos los países de nuestro entorno; puesto que en no está lejano el momento en que las medidas tecnológicas de protección resuelvan para siempre los problemas de fallo de mercado e imposibilidad de control que son el único fundamento del límite de copia privada.

FIN

THE COLLAPSE AND SUPERSEDING OF THE PRIVATE COPYING LIMITATION: AN APPROACH TO THE SPANISH CASE

The digital era has brought along a deep crisis in the “*droit d’auteur*” system due to two inherent characteristics to the digital file: its “*transmissibility*” and its “*non-degradability*”. Because of these two characteristics, the digital file is prone to be endlessly copied without experiencing any loss in its quality, and can be also easily transmitted over the Internet. In addition, because of these two features, the digital file can be the object of what MOOR called “*invisible abuse*”. This abuse is perpetrated against the authors’ property rights when the files are reproduced over the Net, and without the author’s consent. To make things worse, every distribution or communication of a work over the Internet implies a necessary reproduction of the digital file containing that work. The most relevant and widespread “*invisible abuse*” that copyright owners have had to bear during the last 15 years is copyright infringement over the Internet. The most common manifestation for this kind of infringement is the unauthorized reproduction of copyrighted works via P2P networks or “*cyberlockers*”, abuse that is induced and facilitated by “*ad hoc*” linking sites.

The amount of Internet-related copyright infringement acts greatly varies from Country to Country. One of the Countries experiencing the worst problems in this regard is Spain, Spain suffers skyrocketing numbers in regard to acts of infringement, and the percentage of its population of Internet users who systematically download unauthorized copies of copyrighted works ranks at the very top of the Western World. This fact has been denounced by the United States Trade Department’s “*Special 301*” Report for several consecutive years. The “*Special 301*” Report significantly and continuously insisted on the fact that a big part of the problem was an instruction by the Spanish General Prosecutor that “*de facto*” legalized copyright infringement. A closer look at the aforementioned Instruction 1/2006 showed that was literally specified in it that unauthorized copies downloaded from the Internet would have to be legally considered private copies (and therefore they would be legal copies). Spanish Courts have issued several decisions in copyright infringement cases which had in common absolving the defendant based on this very theory, and the whole “*droit d’auteur*” system suffers a very dangerous discredit among Spanish users. That’s why we must put at the top of the list of necessary reforms that should be undertaken as soon as possible by the Spanish Government the reform of the private copying limitation on the

reproduction right. This paper calls for its complete eradication from the Spanish Intellectual Property Act in the digital environment (the repeal of the digital private copying limitation) and for the restitution to copyright owners of their total control over the commercialization of their works.

This paper's strict legal-science analysis performed on the private copying exception had to necessarily begin with its constitutional analysis. In the context of the 1978 Spanish Constitution (hereinafter, CE), the "*droit d'auteur*" materializes from a double constitutional source: a) The author's fundamental right to create is recognized at Article 20.1. b) of the CE, which is consequently also the source for every moral right found in the Spanish Intellectual Property Law (hereinafter LPI). b) The commercial exploitation rights on the work itself (similar to the six basic rights protected by Copyright) are legal consequences of the exercise of the Property Rights recognized at Article 33 of the CE, within the market scenario originated by the Freedom of Enterprise Right from the Article 38 of the CE. The reproduction right is then indeed a commercial exploitation right. However, the private copying exception to the reproduction right does not have a constitutional basis whatsoever, and therefore its potential eradication from the LPI would not represent a significant issue in regards to Constitutional Law. Lastly, Spain has assigned to the European Union (EU), via CE's Article 93, and among other areas of the Law, regulation power over "*droit d'auteur*". The often called "Copyright Directive" (which we call DDASI in this paper) describes the private copying exception as one of optional transposition to the Member States national body of Law, which means that the Member States of the EU have no legal obligation to adopt this piece of legislation in their National Laws (but if they do, although they have some room to decide the scope of the limit, must adopt some of the legal specifications set in the EU Directive; i.e. the mandatory inclusion of an equitable compensation system). Therefore, Spain has no legal obligation in terms of EU Law to include the private copying exception in the Spanish LPI.

Reproduction is legally the fixation of a work in a tangible medium of expression (that includes paper and physical discs, but also an iPod's memory). Provisional reproductions are incidental to a technological process, necessary to make it possible or facilitate it, and they lack of any economic significance. Reproductions of a work without its permanence in a given device, and made available via streaming for the user's punctual enjoyment must not be considered provisional from a legal standpoint, because they have indeed economic significance. The reproduction right is by

far the most important commercial exploitation right in the digital era, for the simple reason that every single time that anybody uses a digital work (i.e. receives an email, watches a film via streaming, reads an online newspaper), generates a copy as well (i.e. in the computer's RAM or ROM memory). The copyright owner's power in connection with the reproduction right consists mostly in the "*ius prohibendi*" that allows her to forbid or authorize any reproduction of her work. The copyright owner usually furnishes her authorization to reproduce her work in return of a fair economic compensation, which amount is fixed by the rules of the marketplace. Every work requires from the copyright owner an investment of time, money, or both; and often such an investment is substantial. The economic compensation received by the copyright owner returns her investment to her, ideally along with a profit, so she can invest again in the production of new works, having a positive effect on that society's cultural heritage (this model also has positive effects on the common good as an economic activity –the market for copyrighted content was 4% of Spain's GDP, but this percentage is progressively declining-, it provided employment to a substantial amount of people, and is subject to taxation, which also reflects on the common good). "*Free riders*" direct or indirectly make an unfair commercial exploitation of someone else's work, without reinvesting in new works, and their activities do not even remotely reflect positively in a without reinvesting in new works, and their activities do not even remotely reflect positively in a given society's economy as the ones by the content industry do.

The exercise of the crucial reproduction right, as it happens with the rest of the commercial exploitation rights, is subject to certain legal limitations. The European Union, in its Copyright Directive, lists a "*numerus clausus*" of limitations and exceptions to the commercial exploitation rights. The DDASI then, utilizes a "closed system" of limitations and exceptions, as opposed to the "open system" represented by the U.S. "fair use" clause, which allows the judicial introduction of new limitations or exceptions to the American Copyright Legislative Body, if the factual circumstances call for it. The "*three-steps test*", which is a legal instrument designed to analyze the validity of the limitations and exceptions to the commercial exploitation rights, might be also the ideal, ready to use tool, which shall bring materially closer the "closed system" and the "open system". The legal subsidiary authorization to users to make private copies is not an exception, but a limitation to the reproduction right. Subsequently, there is not a legal right to make private copies, and the private copying limitation must be (should have been) interpreted restrictively.

The private copying limitation to the reproduction right in Copyright Law is a product of the analogic era. The exception was developed in Germany in the 1960's to respond to the making of unauthorized analogic copies of copyrighted works by users in the privacy of their homes. The result was a positive-law-created exception, which responded to some irresolvable problems brought about by analogic home-copying. The exception allowed users to make analogic home copies, and in compensation a levy was imposed on copying devices' revenues, which was then distributed among copyright owners. The private copying exception lays its only foundations on the factual impossibility that the copyright owners experienced when trying to control the domestic reproductions that final users made after the commercialization of analogic home-copying devices, and the market failure that this new situation had provoked. These problems are being solved in the digital era by the utilization of "*technological protection measures*" (TPM) and "*digital right management systems*" (DRM), trusted systems which efficiency is improving by the day.

In the European context, the DDASI makes a drafting of the private copying limitation significantly vague at its Article 5.2 b), although the legal elements of the definition that actually can be found in the DDASI must be also kept in the Member States' transposition of the limitation to their intellectual property national statutes (i.e. the copy must be made by a physical person, there must exist an equitable compensation system, etc.). However, the EU Legislator's intention is clearly to restrict the limitation's scope as TPM gain in efficiency, and from the EU's Green Paper can be inferred that the thought of eliminating the private copying limitation in the future is not alien to the European Commission. For instance, the DDASI excludes from the private copying limitation the works interactively made available through the Internet and under the copyright owner's license. In regard to the Member States, the ones where there is no private copying limitation, or the limitation is very restrictive, have dealt better with the digital piracy problem than the States which have an "extensive" private copying limitation; and even these last ones have been forced to reform their Intellectual Property legislation in order to restrict the private copying limitation. Outside the EU, in the United States (which is the World's undisputed leader in the production and commercial exploitation of entertainment content) a private copying limitation is statutorily recognized. The limitation covers all analogic copies. With respect to digital copies, the rule is the product of a lawsuit agreement and only legally authorizes the user to the making of one digital private copy for sound recordings (and then as many analogic copies as desired). The "*fair use*" rule includes some of the situations that might be covered under the private copying

limitation, but where the system really substantially relies upon is on the direct authorization by the copyright owner. The United States (also the World's leader in technical development) does not need a private copying limitation (although on paper there exists the aforementioned statutory limited copying limitation, in practice it equals to having no limitation at all) in order to legalize the multiple reproductions made by an average user from one format to another format, from one device to another device, etc. I also proves that the already important market in which the users have complete access to the enjoyment of a wide variety of content, without having to store the copy permanently in their computers. The American experience proves that a private copying limitation in the digital era is no longer necessary (and in the case of Spain intensely counter/productive). The marketplace and its rules for competition make very sure that the user can fulfill the user's necessities efficiently and inexpensively.

Regarding the actual regulation of the private copying limitation still in force, it can be found in the Article 31.2 of the LPI, and it shares with the Article 5.2 b) of the DDASI its conceptual indetermination, which helped to practice distortions over the scope of the limitation, as for instance the Instruction 1/2006 by the General Prosecutor. The limitation doesn't apply to every work object of the commercial exploitation rights. Databases and computer programs are excluded from the private copying limitation, and very unconvincing reasons are given for such discrimination. For instance, it is stated in the LPI that the economic investment necessary to develop databases and computer programs must be particularly protected, forgetting that the rest of the works protected by the "*droit d'auteur*" require often superior expenditures than computer programs or databases. LPI's projected reform substantially restricts the scope of the limitation, and does something fulfilled with dubious ethics, to say the least: in order to keep the private copying limitation, at least nominally, the legal reform considers the few acts of reproduction that are still allowed under the limitation's umbrella (acts of reproduction for "*time-shifting*", "*space shifting*", and "*format-shifting*" necessities), as situations of "*minimum harm*" to the copyright owner's interests, and declares that these acts should elude the calculation of the amount to be furnished to copyright owners by means of the equitable compensation system. Therefore, under this criteria, the figure destined to fund the equitable compensation by the Spanish Government might theoretically very well be zero Euros (it has gone down from one hundred and forty million Euros to five millions for 2012 (ultimately the amount distributed to the Collecting Societies rose up to a little more than eight million euros). Obviously with these results a private copying

limitation is not needed. Further, its elimination from the LPI would be better in terms of compliance with EU Law.

Compliance with EU Law is precisely what originally motivated the reform. The experiment that this paper defends the Spanish Government reduced to practice misconstruing the private copy limitation is a two-sided coin: The Instruction 1/2006 dictated by the General Prosecutor gave copies downloaded from the Internet without the copyright owner's authorization the legal status of private copies, and on the other side the levy on apparatus of devices capable of making or storing digital copies was ultimately disbursed by everybody (physical persons, corporations and public entities), so the amount raised to fund the equitable compensation went up as much as to 140 million Euros. The levy then was unofficially, but in fact used to compensate copyright owners for Internet piracy. A decision by the European Union Court of Justice (EUCJ) declared the levy contrary to EU Law, because the DDASI explicitly stated that only reproductions made by a physical persons can have the private copy status. Therefore, only physical persons should assume the financing of the levy. The Spanish Government assumed then the equitable compensation funding it directly from its budget, eliminating the levy system. 140 million Euros was a figure difficult to assume in economic recession times, and the only way to reduce the monetary amount destined to fund the equitable compensation was to legally reduce the very scope of the private copying limitation itself, which was achieved redefining the limitation's "legal access" element.

The legal element or previous requisite that requires the user to have legally accessed to the original from which the reproduction is made is then a necessary legal requirement to achieve private copying status. The "*legal access*" element (which does not explicitly appear in the Article 5.2 b) of the DDASI), can be divided in two sub-elements: "*legality of access*" (the act of access) and "*legality of the source*". Article 31.2 of the LPI (in force) only requires "*legality of the access*" (once again, the act), so in principle, and even though it is a bit of a legal stretching, it can be defended (as the Instruction 1/2006 ultimately did) the thesis that if the act of access is legal (and the sole act of access to a P2P network is in principle legal) then the resulting reproduction would be considered legal, regardless of the illegality of the "original" copy or copies from which the user reproduced. The proposed reform of the LPI lists a reduced number of legal sources from which a user can make a private copy (basically original copies bought throughout a commercial

purchasing contract, and TV retransmissions), and basically considers most of these copies of “*minimum harm*”, and therefore not accountable in terms of the equitable compensation.

There are other legal elements of the private copying compensation that this paper defends have been misconstrued in the sense that they have been unfairly interpreted in an “extensive” fashion. The “private use”, which should remain within the limits of the family circle, has included also individuals outside that circle, as friends and even acquaintances. The result is that users have often exercised a distribution right they do not have, making reproductions and giving away substitutive copies to friends. Also, according to this conception, is very easy to stretch the legal concept “circle of friends” to cover Internet acquaintances (or to lay down a false legal presumption of “friendship” within this environment). The element of “*collective use*”, which denies the status of private copy “*ex nunc*” to a reproduction, has not been considered by Spanish Courts until very recently; and the element of “*lucrative use*”, which should also deny the character of private copy to a reproduction always that this reproduction is a “*substitutive copy*”, has been also relegated in Spain, by considering “*lucrative use*” strict commercial use (outright sale of copies, or paying periodic fees in order to get access to unauthorized material). Private copies have also in the current LPI legal prevalence over TPM (the “*code*” that will ultimately give back copyright owners total control over their work). The LPI reform rightly eliminated such prevalence, but this legal improvement has disappeared very rapidly from the LPI Reform Bill in its first revision, although a very positive reform of the Spanish Criminal Code has considerably strengthen penalties for acts of TPM elusion.

Lastly, the private copying limitation does not apply when the work is made available, interactively, and licensed to the users by the copyright owner. This exclusion already existed in the DDASI, and its “*ratio legis*” is the decided bet that the European Legislator makes on the new models of commercial exploitation of content through the Internet. The situation in which users kept permanent digital copies of works in their systems is fading rapidly, and the new model is one of ubiquitous access to a wide variety of works, which will be enjoyed by the users anywhere, by the use of an also wide variety of apparatus that will reproduce works made available in many different formats. The private copying limitation is incompatible with the incoming brightest era for both generators and recipients of culture; an era of enlightenment which has already begun.

BIBLIOGRAFÍA.

OBRAS CITADAS

ABBOTT, MARIE JONES; *Get Ready Cause Here They Come: A Look at Problems on the Horizon for Authorship and Termination Rights in Sound Recordings*, Hastings Communications and Entertainment Law Journal (Comm/Ent). Vol. 31. 2008.

AGUIAR, LUIS y MARTENS, BESRTIN, *Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data*, Digital Economy Working Paper. Institute for Prospective Technological Studies. 2013.

AKESTER, PATRICIA, *Las nuevas dificultades para lograr el equilibrio adecuado entre la protección del Derecho de Autor y el acceso al conocimiento, la información y la cultura*, estudio realizado para la 14ª reunión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor de la UNESCO. París. 8 de marzo de 2010.

ALDRICH, NIKA, *An Exploration of Rights Management Technologies Used in the Music Industry*, Intellectual Property and Technology Forum at Boston College Law School, 2007.

ALDRICH, NIKA, *A System of Logo-Based Disclosure of DRM on Download Products*, Journal of High Technology Law, Vol. 8, 2008.

ALDRICH, NIKA, *Unplugged The Music Industry's Approach to Rolling Contracts on Music Cds*, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, Vol. 6, 2007.

ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 3ª Edición, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 4ª Edición, 2003.

ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO, RODRIGÉZ ZAPATA, JORGE, *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978*, Editorial centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008.

APARICIO PEREZ, MIGUEL ANGEL., *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2009.

ARISTÓTELES, «Ética a Nicómaco». Trad. de PATRICIO DE AZCÁRATE, *Obras de Aristóteles*, Madrid 1873.

ATHANASEKOU, PARASKEVI EVE, "Copyright in Cyberspace", *13th BILETA Conference: "The Changing Jurisdiction"*, Dublín, 1998.

BANTI-MARKAUTI, VICTORIA, *The Interface between Technological Protection Measures and the Exceptions to Copyright under Article 6, Paragraph 4 of the Infosoc Directive and Sections 1201 of the Digital Millennium Copyright Act, with Particular Respect to the Implementation of Article 6, Paragraph 4 in the National Laws of Greece, UK and Norway*. Issues in Informing Science and Information Technology, Vol. 4, Athens, 2007.

BARAN, STANLEY J., *Introduction to Mass Communication, Media Literacy and Culture*, 7ª Edición, McGraw-Hill, Colombo, Ohio, 2011.

BARAN, STANLEY J., *Introduction to Mass Communication, Media Literacy and Culture*, 8ª Edición, McGraw-Hill, Colombo, Ohio, 2013.

BARTOW, ANN, *Electrifying Copyright Norms and Making Cyberspace More Like a Book*, Vill. L. Rev., Vol. 48, 2003.

BASLER, WENCKE, *Technological Protection Measures in the U.S., the EU, and Germany How much Fair Use do we need in the Digital World*, Virginia & Journal of Law & Technology, Vol. 8, Nº 13, 2003.

BECHTOLD, STEFAN, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, The American Journal of comparative Law, 2004

BECKER, JURGEN; KREILE REINHOLD, La legitimación, la práctica, y el futuro de la copia privada. Un artículo en que se utiliza como ejemplo el sistema de la copia privada en Alemania, *e-boletín de Derecho de Autor*, abril-junio 2003.

BECOURT, DANIEL, *La Revolución Francesa y el Derecho de Autor: por un nuevo universalismo*, Boletín de Derecho de Autor. UNESCO. Vol. XXIV, No. 4, 1990.

BELL, THOMAS, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automatic Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, North Carolina Law Review, Vol. 76, 1998.

BENKLER, YOCHAI, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, New York University Law Review, Vol. 74, 1999.

BENNETT, JESSE L., *Caching In on the Google Books Library Project: A Novel Approach to the Fair Use Defense and the DMCA Caching Safe Harbors*, 35 Fla. St. U.L. Rev. 1003, 2008.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*. Coordinado por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Editorial Tirant lo Blanch. 2006.

BIRCH, STANLEY F.; PATTERSON, L RAY, *A Unified Theory of Copyright*, Craig Joyce, Houston 2009.

BRAVO BUENO, DAVID, *Copia este libro*, Editorial Dmem, 2005.

BRENNCKE, MARTIN, *Is fair Use an Option for U.K. Copyright Legislation?*, Institut für Wirtschaftsrecht Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, noviembre 2007.

BURTON, CEDRIC, HLADJK, JORG, KUMER, CRISTOPHER, PROUST, OLIVIER, *Study on Online and Copyright Enforcement and Data Protection*, DG Internal market of the European Commission, 2009.

BYGRAVE, LEE A. *The Technologisation of Copyright: Implications for Privacy and Related interest*. European Intellectual Property Review, vol. 24, nº 2, pp. 51-57, 2002.

BYNUM, TERRELL WARD. *Norbert Wiener's Vision: The Impact of "the Automatic Age" on Our Moral Lives*, Southern Connecticut State University. 2005.

CABEDO SERNA, LLANOS, *Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales*, Límites a la propiedad En Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.). *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio*. Madrid: Dykinson, 2008.

CABRERA BLÁZQUEZ, FRANCISCO JAVIER, «Private Copying Levies at the Crossroads», *Who Pays for Private Copying?* IRIS plus, Estrasburgo, 2011.

CABRERA BLÁZQUEZ, FRANCISCO JAVIER, *Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P*, Ponencia expuesta en el «Congreso Internacional de Copia Privada y Piratería de Obras protegidas por Derecho de Autor», 2005.

CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, 1ª Ed. Colex, Madrid, 2002.

CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003.

CARBAJO GASCÓN, FERNANDO, «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 16, 2004.

CARTER EDWARD L. *Harmonization of Copyright Law in Response to Technological Change Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression*, University of La Verne Law Review, Vol. 30, 2009.

CASAS VALLÉS, RAMÓN, (ponente), Borrador de respuesta al cuestionario ALAI 2003, junio 2003.

CASAS VALLÉS, RAMÓN, *La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España*, [Artículo en Línea], UOC, <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>.

CASELLATI, ALVISE MARÍA, *The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive*, Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, vol. 24, 2001.

CIDONCHA MARTÍN, ANTONIO, *Garantía institucional, derecho fundamental y dimensión institucional: balance jurisprudencial*, Teoría y Realidad Constitucional, nº 23, 2009

CLARK, CHARLES, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, La Haya, 1996.

COHEN, JULIE E., *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of "Rights Management"*, 97 Michigan Law Review, vol. 462, 1998.

COHEN, JULIE, E., *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, Berkeley Technology Law Journal 12, no. 1 (1997).

COHEN, JULIE E., *WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?* European Intellectual Property Review, vol. 21, 1999.

CHRISTIE, ANDREW y GAITA, KATERINA, *Principles or Compromise: Understanding the Original Thinking Behind Statutory Licensing and Levy Schemes for Private Copying*, Intellectual Property Institute of Australia, Melbourne, 2004.

CUADROS AÑAZCO, ALFREDO, *Derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública del autor en Internet intercambio de archivos digitales a través de las redes P2P*, [Artículo en Línea], Revista Jurídica Online, [Fecha de Consulta 29/11/2011]. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=657&Itemid=50.

DABBOUS, WALID, KAAFAR, MOHAMED ALI, LE BLOND, STEVENS, LEFESSANT, FABRICE, y LEGOUT, ARMAND, *Spying the World from your Laptop, Identifying and Profiling*

Content Providers and Big Downloaders in BitTorrent, “3rd USENIX Workshop on Large-Scale Exploits and Emergent Threat, San José, 2010.

DANS, ENRIQUE, *Todo va a cambiar*, Deusto Ediciones, Bilbao, 2011.

D’AGOSTINO, GIUSEPPINA, *Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use*, McGill Law Journal Vol. 53.

DE WERRA, JACQUES, *Moving Beyond the Conflict between Freedom of Contract and Copyright Policies In Search of a New Global Policy for On-Line Information Licensing Transactions: A Comparative Analysis between U.S. Law and European Law*, Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 25, 2003.

DELGADO PORRAS, ANTONIO, «La copia privada en España», *RIDA*, núm. 145, julio 1990.

DEPOORTER, BEN, *Technology and Uncertainty: The Shaping Effect on Copyright Law*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 157, 2009.

DERCLAYE, ESTELLE; y FAVALE, MARCELLA, *The Relationship between Copyright and Contract Law Copyright and Contract Law Regulating User Contracts: The State of The Art and a Research Agenda*, Journal of Intellectual Property Law, Vol. 18, 2010.

DÍEZ PICAZO GIMENEZ, LUIS MARÍA, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

DIÉZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*, Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor García de Enterría, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991.

DRATH, ROSS, *Hotfile, Megaupload, and the Future of Copyright on the Internet: What Can Cyberlockers Tell us about DMCA Reform?*, The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Law, Vol. 12. 2012.

DUSOLLIER, SEVERINE, *The Role of the Lawmaker and the Judge in the Conflict between Copyright Exceptions, Freedom of Expression and Technological Measures*, Mesa Redonda, Derecho de Autor y Libertad de Expresión, 2008.

ECO, UMBERTO, *Cómo se hace una tesis*, Gedisa, Barcelona, 1993.

EDMUNSON, JESSICA y TOWNSEND GARD, ELIZABETH, *Conversations with Renowned Professors and Practitioners on the Future of Copyright*, Tulane Journal of Technology & Intellectual Property, Vol. 14, 2011.

ESPÍN, EDUARDO (LÓPEZ GUERRA et al.) Derecho Constitucional, Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 9ª Edición, 2013.

ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN. «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), *“Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios”*. Valencia, Tirant lo Blanch. 21009.

ESTEVE PARDO, MARÍA ASUNCIÓN, *El canon por copia privada*, Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual, Enero 2007.

FALCÓN Y TELLA, RAMÓN. *El llamado “canon por derechos de autor” (copyright levy) o compensación equitativa por copia privada. (I): antecedentes y configuración en la Ley 23/2006, de 7 de Julio. Quincena Fiscal nº 15/16 (Septiembre 2006); (II): Naturaleza jurídica, reserva de ley y otros problemas de constitucionalidad. Quincena Fiscal nº 17 (Octubre 2006).*

FAVALE, MARCELLA, *Technological Protection Measures and Copyright Exceptions in EU27 Towards the Harmonization*, [Artículo en Línea], UOC, http://www.law.depaul.edu/institutes_centers/ciplit/ipsc/paper/Marcella_FavalePaper.pdf.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, CARLOS A., La Remuneración por Copia Privada, [Artículo en Línea], Revista Jurídica Online, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=689&Itemid=118.

FICSOR, MIHÁLY, «How much of What? The "Three-step Test" and Its Application in Two Recent WTO Dispute Settlement Cases», (trad. A. MUNOZ), RIDA, nº 192, abril 2002.

FOLSOM, RALPH H. *European Union Law in a nutshell*, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, EE.UU., 1995.

FRIEDEN ROB, *Internet Packet Sniffing and its Impact on the Network Neutrality Debate and the Balance of Power between Intellectual Property Creators and Consumers*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 18, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª Edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª Edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

GARCÍA SANZ, ROSA MARÍA, *El Derecho de Autor en Internet*, COLEX, Madrid, 2005.

GARON, JON, *Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics*, Cornell Law Review, vol. 88, 2003.

GARON, JON, *What If DRM Fails?: Seeking Patronage in the iWasteland and the Virtual O*, Michigan State Law Review, vol.1, 2008.

GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», *pe. i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002.

GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, IGNACIO, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2010.

GASSER, URS, *Legal Framework and Technological Protection of Digital Content Moving forward a Best Practice Model*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 17. 2006.

GASSER, URS, GIRSBENGER, MICHAEL, *Transposing the Copyright Directive. Legal protection of Technological measures in EU Member States. A genie stuck in a bottle?* Berkman Publication Series, n° 2004-10, 2004.

GEIGER, CRISTOPHE, *Promoting Creativity through Copyright Limitations Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, Vol. 12, 2010.

GEIGER, CHRISTOPHE, «Right To Copy v. Three-Step Test. The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment», (trad. A. MUNOZ) CRi 1/2005.

GEIGER CHRISTOPHE, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, e-Copyright Bulletin, enero-marzo 2007.

GEIGER, CHRISTOPHE, GRIFFITHS, JONATHAN, y HILTY, RETO M., *Towards a Balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Copyright Law*, European Intellectual Property Review: pp. 489-496, 2008.

GUIBAULT, LUCIE, *Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonization. The Case of Limitations on Copyright under the Directive 2001/29/EC*, JIPITEC, 2010.

GERVAIS, DANIEL J., *Making Copyright Whole a Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations*, University of Ottawa Law & Technology Journal, 2008.

GIMENEZ DIEZ-PICAZO, IGNACIO, *El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo*, Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales, dos ensayos, McGraw-Hill, Madrid, 1996

GINSBURG, JANE, C., *Copyright and Control over New Technologies of Dissemination*, The Columbia Law Review, vol. 101, 2001.

GINSBURG, JANE C. *Use and Excuse in the Internet*, Columbia Journal of Law & the Arts, vol. 24, 2000.

GINSBURG, JANE C., *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 50, 2003

GINSBURG, JANE. C., *Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship International Obligations and the U.S. Experience*, Columbia Journal of Law & the Arts, vol. 29. 2005.

GINSBURG, JANE, Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs, Arizona Law Review, vol. 50, 2008.

GINSBURG, JANE C., «Toward supranational Copyright Law? The WTO panel decision and the *three-step- test* for copyright exceptions», RIDA, nº 187, enero 2001.

GLOVER, BECKY, *Weighing Market-Driven Competition against Government Regulation in Online Entertainment Media*, The Georgetown Journal of Law and Public Policy, vol. 8, 2010.

GOLDSTEIN, PAUL, *Copyright's Highway, From Gutenberg to the Celestial Jukebox, Revised Edition*, Stanford University Press, Stanford, 2003.

GOLDSTEIN, PAUL, *Fair use in context*. The Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 31, 2008.

GÓNZALEZ, AGUSTÍN, *La compensación equitativa por copia privada digital en la ley 23/2006, de 7 de julio*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº15 2006. Págs. 31-44.

GONZÁLEZ DE ALAIZA, JOSÉ JAVIER., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008.

GÓNZALEZ DE ALAIZA CARDONA, JOSÉ JAVIER, «Napster: “copias robadas”, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el Derecho de Autor Internet» en *Revista de pe.i.*, nº 6 septiembre-diciembre 2000.

GORDON, WENDY J., *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, Columbia Law Review, Vol. 82, Pág. 1600, 1982.

GUIBAULT, LUCIE, *Accommodating the Rights of Consumers Making Sure that They Get Their Money's Worth of Digital Entertainment*, Journal of Consumer Policy, nº 31, 2008, Págs. 409-423.

GUIBAULT, LUCIE, *Pre-Emption Issues in the Digital Environment: Can Copyright Limitations Be Overridden by Contractual Agreements under European Law?* en *Molengrafica nr. 11. Europees Privaatrecht 1998*. GROSHEIDE, F.W, y BOELE-WOELKI, K. (coord.)

GUIBAULT, LUCIE; HUGENHOLTZ, BERNT, y VAN GEFFEN, SJOERD, *The Future of Levies in a Digital Environment*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003.

GUIBAULT, LUCIE, *Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonization, The case of Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, 1(2), 2010, pp. 55-66.

HELGERBERG, NATALI y HUGENHOLTZ, BERNT, «No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law», *Simposio sobre Copyright, Digital Rights Management Technology, And Consumer Protection*, Berkeley Technology Law Journal, vol. 22, 2007.

HENRY, STUART, *Short Introductions, Social Deviance*, Polity Press, Malden, Massachusetts, EE.UU. (2009).

HUGENHOLTZ, BERNT, *Code as Code, or the End of Intellectual Property as We Know it*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Maastricht 1999, pp. 308.

HUGENHOLTZ, BERNT, «Copyright and Freedom of Expression in Europe», *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford: Oxford University Press. 2001.

HUGENHOLTZ, BERNT, SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, IVIR, Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2011.

HUGENHOLTZ, BERNT, «Fierce Creatures Copyright Exemptions Towards Extinction» *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, IFLA/IMPRIMATUR, Conference, Amsterdam, 1997.

HUGENHOLTZ, BERNT and OKEDIJI, RUTH L., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Final Report, Open Society Institute, 2008.

HUGENHOLTZ, BERNT, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR vol. 11, 2000, pp. 501-502.

HUYGEN, ANNELIES (Coord.), *Ups and Downs, Economic and Cultural Effects of File Sharing on Music Films and Games*, TNO Information and Communication Technology, 2009.

JEWELER, ROBIN, *Copyright Law Digital Rights Management Legislation*, Congressional Research Service Report, The Library of Congress, Washington D.C., 2004.

JOHNS, ADRIAN, *Piracy: The intellectual property wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

KARAPAPA, STAVROULA, *Private Copying*, Routledge, Oxford/Nueva York, 2012.

KIM, VIVIAN, *The Public Performance Right in the Digital Age Cartoon Network LP v. CSC Holdings*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 24, 2009.

KNIGHTS, ROBERT. M., «Limitations and Exceptions under the three-step-test and in National Legislations. Differences between the Analog and Digital Environment», *Regional Workshop on Copyright and Related Rights in the Information Age*, OMPI, Montevideo, 2000.

KOELMAN, KAMIEL, *The Protection of Technological Measures vs. the Copyright Limitations*, Trabajo presentado en el ALAI Congress Adjuncts and Alternatives for Copyright, Nueva York, 15 de junio de 2001.

KOJIMA, TOKAHIRO; «Copyright Limitations and the Three-Step-Test in the Digital Era: How to Preserve National Autonomy?», *Contemporary Issues in International Economic and Business Law*, Joint Hokkaido-Kyushu Universities Seminar, 2010.

KRETSCHMER, MARTIN, *Private Copying and Fair Compensation An empirical study of Copyright Levies in Europe*, Informe para la Oficina de Propiedad Intelectual del Reino Unido, 2011.

KRETSCHMER, MARTIN, *The Relationship Between Copyright and Contract Law Copyright and Contract Law Regulating Creator Contracts the State of the Art and a Research Agenda*, *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 18, 2010.

KU, RAYMOND SHIH RAY, *Grokking Grokster*, *Wisconsin Law Review*, 2005.

KU, RAYMOND SHIH RAY, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, *University of Chicago Law Review*, Vol. 69, 2002.

LEPAGE, ANNE, Overview of Exceptions and Limitations to Copyright in the Digital Environment, *e-Copyright Bulletin*, enero-marzo 2003.

LESSIG, LAWRENCE, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Basic Books, Nueva York, 2006.

LESSIG, LAWRENCE, «Does Copyright Have Limits? *Eldred v. Ashcroft and its Aftermath*», in *Open Content Licensing: Cultivating the Creative Commons*, Brian Fitzgerald, ed., Sydney: Sydney University Press, 2007.

LESSIG, LAWRENCE, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press, Nueva York, 2004.

LESSIG, LAWRENCE, *Remix*. Penguin Press, Nueva York, 2008.

LEVINE, ROBERT, *Free Ride: How Digital Parasites Are Destroying the Culture Business, and How the Culture Business Can Fight Back*, Double Day, New York, 2011.

LIPSZYC, DELIA, *Derecho de Autor y derechos conexos*, 1.^a Ed. Buenos Aires, 1993.

LITMAN, JESSICA, *Digital Copyright*, Prometheus, Amherst, Nueva York, 2001.

LITMAN, JESSICA, *Lawful Personal Use*, Texas Law Review, Vol. 85. Pág. 1871, 2007.

LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada. 2009.

LÓPEZ RICHART, JULIÁN, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, AURELIO, *Las licencias de uso de bienes digitales: El difícil equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y de los usuarios*, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, n° 2-2007, Pág. 77-102.

LUCCI, NICOLA, *Countering the Unfair Play of DRM Technologies*, Texas Intellectual Property Law Journal, Vol. 16, 2007.

LUCAS, ANDRÉ, *Droit d'auteur et numérique*, Copyright and Digital Technology, Litec, 1998, Vol. 19.

LUCAS, ANDRÉ, *la propiedad intelectual y la infraestructura global de la información*, boletín de Derecho de Autor, Boletín de Derecho de Autor, Vol. XXXII, n° 1, enero-marzo, Ediciones UNESCO, París, 1999.

LUNARDI, JASON J., *Guerrilla Video: Potential Copyright Liability for Websites that Index Links to Unauthorized Streaming Content*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, vol. 19, 2009.

LUNNEY, GLYNN S., *Copyright, Private Copying, and Discrete Public Goods*, Tulane Journal of Technology & Intellectual Property, vol. 12, 2009.

MALMIERCA, MARTA; MARTIN-PRAT, MARÍA; RAMIREZ, JAVIER; XALABARDER RAQUEL *Mesa redonda La copia privada digital*. IDP, Revista de Internet Derecho y Política, nº 1, pp. 33-55., 2005.

MARCO MOLINA, JUANA, *La propiedad intelectual en la legislación española*, 1ª ed., Madrid, 1995.

MARIN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección»; pe. i *Revista de Propiedad Intelectual*, Madrid, nº 25, 2007.

MARTÍN-PRAT, MARÍA, «The Scope of the Legal Protection of Technological Measures Access Control Rights Control in the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society: The Relation between such Protection and Related Rights», *ALAI Congress 2001: Adjuncts and Alternatives to Copyright*. Nueva York, 2001.

MARTÍN-PRAT, MARÍA, «The Viewpoint of the Phonographic Industry», *Actas del congreso de ALAI 2003 en Budapest*, KJK-KERSZOV, Hungría, 2004.

MARTÍN SALAMANCA, SARA. (2009). «Derechos exclusivos de explotación del autor», (coord. ESTEVE PRADO, MARÍA ASUNCIÓN), “*Propiedad intelectual, doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*”. Valencia, Tirant lo Blanch

MATZA, DAVID, y SYKES, GRESHAM, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, American Sociological Review, Vol. 22, No. 6, 1957.

NAVARRO FERNÁNDEZ, «La copia privada y las metamorfosis del Derecho de Autor», *Actualidad civil*, 1999, Tomo 1º.

MC CARTHY, J. THOMAS, *Mccarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*, BNA Books, Washington, 1995.

MENELL, PETER S., Symposium: IV. Can our Current Conception of Copyright Law Survive the Internet Age?: *Envisioning Copyright Law's Digital Future*, New York Law School Law Review Vol. 46. 2002.

MINERO ALEJANDRE, GEMMA. *El Futuro Incierto de la Regulación Española de la Compensación Equitativa por Copia Privada*, Revista jurídica, Nº 22, Págs. 171-195, 2010.

MIRÓ LLINARES, FERNANDO. «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas*, Nº. 2-2007, Marzo 2007.

MOOR, JAMES H., Reason, *Responsability, and Responsibility in Computer Ethics*, Computers & Society, Vol. 28, 1998, pp. 14–21.

MOOR JAMES H. *What is Computer Ethics? A Proposed Definition*, Computers & Ethics, Blackwell, 1985, pp. 266 – 275.

MYERS, PATRICK J., *Some New (and Some Rejected) Exemptions to the Digital Millennium Copyright Act*, Pillsburylaw.com, 20 de noviembre de 2012, Disponible en <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/Alert20121120IntellectualPropertySomeNewandSomeRejectedExemptionstotheDigitalMillenniumCopyrightAct.pdf>.

NAVARRO FERNANDEZ, JOSÉ ANTONIO, *La copia privada y las metamorfosis del Derecho de Autor*, Actualidad Civil, 1999, nº 7, Págs. 199- 209.

NETANEL, WEINSTOCK NEIL, *Copyright and a Democratic Civil Society*, Yale Law Journal, vol., 106. 1996.

NIMMER, DAVID, *A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act*, University of Pennsylvania Law Review, vol.148, 2000.

OBERHOLZER-GEE, FELIX y STRUMFT, KOLEMAN, *File Sharing and Copyright*, Harvard Business School, Working Paper 09-132, 2009.

ORTEGA, ELOÍSA, y PEÑALOSA, JUAN, *Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM*, Banco de España, Documentos Ocasionales. n.º 1201, 2012.

ORTEGA DÍAZ, JUAN FRANCISCO, *Medidas tecnológicas y derechos de autor*, Noticias de la Unión Europea, nº 286, 2008 , pp. 67-77.

OSWALD, LYNDAL, *International Issues in Secondary Liability for Intellectual Property Rights Infringement*, American Business Law Journal, Vol. 45, 2008.

PATTERSON, LYMAN RAY, *Copyright in Historical Perspective*. Patterson, Vanderbilt University Press, Nashville 1968.

PATRY, WILLIAM, *How to Fix Copyright*, Oxford University Press. Nueva York, 2012.

PAVEL, ASHLEY M., *Reforming the Reproduction Right: The Case for Personal Use Copies*, 24 Berkeley Technology Law Journal, Vol. 24. 2009.

PEGERA, MIQUEL, *Análisis de la sentencia contra fenixp2p y mp3-es*, Blog Responsabilidad en Internet, 24 de noviembre de 2011. Disponible en <http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/11/24/analisis-de-la-sentencia-contra-fenixp2p-y-mp3-es/>.

PEGUERA, PUIG, *Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P (Comentario a la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, sobre el sitio web “Elrincondejesus”*, Diario La Ley, nº 7462, 7 de septiembre de 2010.

PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional (Duodécima Edición)*. Marcial Pons, Madrid 2010

PEREZ TREMP, PABLO (LÓPEZ GUERRA et al.) *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 9º Edición, 2013.

PEUKERT, ALEXANDER, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, Hastings Communication and Entertainment Law Journal, vol. 28, 2005.

PICKER, RANDAL C., “*Law Technology & the Arts Symposium: Copyright and Personal Copying Sony v. Universal Studios Twenty-One Years Later*”: *Rewinding SONY: The Evolving Product, Phoning Home and the Duty of Ongoing Design*, Case Western Reserve University, Vol. 55, 2005.

PIZARRO MORENO, EUGENIO., *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PONTE, LUCILLE, *Coming Attractions Opportunities and Challenges in Thwarting Global Movie Piracy*, American Business Law Journal, vol. 45, 2008.

REIDENBERG, JOEL, *Fourth Annual Baker Botts Lecture: The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy*, Houston Law Review, Vol. 44, 2007.

REIMBOTHE, JORG, *Compensation for Private Taping Under Sec. 53(5) of the German Copyright Act*. International Review of Industrial Property and Copyright Law, Vol. 12

RIBAS, XAVIER; *Compartir copias no autorizadas a través de P2P es delito*, (2003), Disponible en <http://www.hispamp3.com/2003/07/27/compartir-copias-no-autorizadas-a-traves-de-p2p-es-delito>.

RIERA BARSALLO, PATRICIA, *Reforma de Ley de propiedad Intelectual y la copia privada*, Anuario Think EPI, 2007.

ROTHCHILD, JOHN A. *Economic Analysis of Technological Protection Measures*, Oregon Law Review, Vol. 84. 2005.

SAMUELSON, PAMELA, *The Copyright Grab*. Revista Wired. 1996.

SANCHEZ ARISTI, RAFAEL, «La copia privada digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 14, 2003.

SANCHEZ-ARISTI RAFAEL, *La protección de datos de carácter personal, ¿Un obstáculo para la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital*, [Artículo en Línea], http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo-4/139a174_la_proteccion.pdf.

SATRÚSTEGUI, MIGUEL (LÓPEZ GUERRA et al.) *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 9º Edición, 2013.

SCHWARTZ, PAUL y TREVOR, MICHAEL, *Eldred and Lochner Copyright Term Extension and Intellectual Property as Constitutional Property*, Yale Law Journal, vol. 112, 2003.

SENFTLEBEN, MARTIN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three Step Test*, in *International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, 2004.

SENFTLEBEN, MARTIN, *The International Three-Step Test A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, JIPITEC, vol. 1, 2010.

SERRANO GÓMEZ, EDUARDO, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 168-169.

SHAPIRO, CARL y VARIAN, HAL, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business Press, 1999.

SIRINELLI, PIERRE, «Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos», *Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución de fotogramas (WPPT)*, Ginebra, 1999.

SPANGLER, CASSANDRA; *Comment the Integrity Right of an MP3 How the Introduction of Moral Rights into U.S. Law Can Help Combat Illegal Peer-to-Peer Music File Sharing*, Seton Hall Law Review, Vol. 39, 2009.

SPRIGMAN, CHRISTOPHER JON. *Copyright and the Rule of Reason*, Journal on Telecommunications & High Tech. Law, Vol. 7, 2009.

STRAHILEVITZ LIOR JACOB, *Charismatic Code, Social Norms, and the Emergence of Cooperation on the File-Swapping Networks*, Virginia Law Review, Vol. 89, 2003.

SUN, HACHOEN, *Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 5, 2007.

TAMBER, CHRISTIAN, *Internet Caching Something to Think About*, University of Missouri-Kansas City Law Review, vol. 67. 1999.

TASSARA OLLERO, ANDRES, «Entre creación y propiedad. El problemático carácter «fundamental» de los derechos del autor», en *Introducción a derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1998. Vol. 1, pp. 297-324.

TIAN, YIJUN, *Problems of Anti-Circumvention Rules in the DMCA & More Heterogeneous Solutions*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Journal, Vol. 15, 2005.

TOULOU MIS, TARA, *Buccaneers and Bucks from the Internet: Pirate Bay and the Entertainment Industry*, 19 Seton Hall J. Sports & Ent. L. Vol. 19. 2009.

TORRES, MÓNICA, «La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización», X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales. Madrid. 2000.

VERWEY, DELANO RUBEN, *The European Community, the European Union and the International Law of Treaties: a Comparative Legal Analysis of the Community and Union's External Treaty-Making Practice*, TMC Asser Press, La Haya, 2004.

VIDAL PORTÁBALES, JOSÉ IGNACIO, *Algunos aspectos problemáticos de la Red es P2P. Especial referencia al caso francés (HADOPI)*, Actas de derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XXIX, 2008.

VIDAL PORTABALES, JOSÉ IGNACIO, *Enlaces y propiedad intelectual en Internet. Especial referencia a los enlaces profundos*, Actas de derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XXVI, 2005.

VISSER COENRAAD. *Technological Protection Measures: South Africa Goes Overboard. Overboard*, the Southern African Journal of Information and Communication, N° 5, 2006.

VON LEWINSKI, SILKE, *Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos*, e-Copyright Boletín, enero-marzo 2005.

WEINBERG, JONATHAN, Symposium: *Copyright Law as Communications Policy Convergence of Paradigms and Cultures Digital TV, Copy Control, and Public Policy*, Cardozo Arts & Entertainment Journal, vol. 20, 2002.

WESTKAMP, GUIDO, *The implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Queen Mary Intellectual Property Institute, Londres, 2007.

WEINER, NORBERT, The Riverside Press (Houghton Mifflin Co.), *The Human Use of Human Beings: Cybernetics and Society*. Houghton Mifflin, Rolling Meadows, Illinois, EE.UU., 1950, segunda edición revisada, Doubleday Anchor, 1954.

WITT, AMANDA, *Burned in the USA Should the Music Industry Utilize its American Strategy of Suing Users to Combat Online Piracy in Europe*, Columbia Journal of European Law, vol. 11, 2005.

YU, PETER K., *P2P and the Future of Private Copying*, University of Colorado Law Review, 2005.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *El alcalde de Zalamea, la alcaldesa de fuente OBE Juna, la SGAE y lo que no es la SGAE*, Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de Comunicación, Mb. 18, Octubre 2007.

Artículos de prensa.

AGENCIAS, *7,4 millions de Français ont visité Megaupload en novembre*, Diario Le Figaro, 30 de diciembre de 2010. Disponible en <http://blog.lefigaro.fr/technotes/2010/12/74-millions-de-francais-ont-visite-megaupload-en-novembre.html>.

AGENCIAS, *Apple se hace con el catálogo de los Beatles para iTunes*, Diario ABC, 16 de noviembre de 2010, disponible en <http://www.abc.es/20101116/cultura-musica/apple-beatles-itunes-201011161702.html>.

AGENCIAS, *Así funciona Megaupload, el predecesor de 'la nube'*. Diario El País, 1 de febrero de 2012, http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/19/actualidad/1327013423_571888.html.

AGENCIAS, *Avatar Crowned The Most Pirated Movie of 2010*. Torrentfreak.com. 10 de diciembre de 2010. Disponible en <http://torrentfreak.com/avatar-crowned-the-most-pirated-movie-of-2010-101220>.

AGENCIAS, *Big Court Decisions Coming Soon for Hotfile, Vimeo*, The Hollywood Reporter, 10 de septiembre de 2012, <http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/vimeo-hotfile-youtube-court-decisions-369064>.

AGENCIAS, *Cerrado el 'megaupload' de los libros*, Diario El País 16 de febrero de 2012, disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/02/16/actualidad/1329412601_293810.html.

AGENCIAS, *Cultura dice que los datos sobre piratería “no están contrastados”*, Diario El País, 9 de abril de 2014. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/09/actualidad/1397059765_038984.html.

AGENCIAS, *Descargas muy 'legales'*, Diario El País, 20 de junio de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/06/20/eps/1277015219_850215.html.

AGENCIAS, *Discográficas independientes reclaman 300 millones al Gobierno por la 'piratería'*, Diario El País, 14 de diciembre de 2010, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2010/12/14/actualidad/1292281203_850215.html.

AGENCIAS, *El canon salva las cuentas de la SGAE*, Diario El País, 25 de febrero de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/02/25/cultura/1267052401_850215.html.

AGENCIAS, *El congreso de EE UU coloca a España entre los cinco países más 'piratas' del mundo*, Diario El País, 2 de junio de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/06/02/actualidad/1306965608_850215.html.

AGENCIAS, *El consumo de música cayó un 3% en el año 2011*, Diario El Mundo, 26 de marzo de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/26/cultura/1332774310.html>.

AGENCIAS, *El costo de hacer una película en Hollywood*, 13 de mayo de 2012. BBC. Disponible en http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/05/120508_peliculas_costo_hollywood_lp.shtml.

AGENCIAS, *El Gobierno aprobará hoy la “Ley Sinde” con el visto bueno del Partido Popular*. Diario El Mundo 2 de diciembre de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/12/02/navegante/1322814257.html>.

AGENCIAS, *El Gobierno de EE UU cita a seriesyonkis en la denuncia ante el juez*, Diario El País 20 de enero de 2012 http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/20/actualidad/1327049381_934078.html

AGENCIAS, *El Gobierno 'paró' la 'Ley Sinde' por temor a las redes sociales*, El mundo.es, 12 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/12/12/cultura/1323680561.html>

AGENCIAS, *El libro digital explota en Estados Unidos*, Diario El País, 25 de octubre de 2011. Disponible en http://elpais.com/diario/2011/10/25/cultura/1319493601_850215.html.

AGENCIAS, *El Partido Pirata entra en el Parlamento de Berlín*, Diario La Vanguardia, 9 de septiembre de 2012. Disponible en <http://www.lavanguardia.com/internacional/20110919/54217590940/el-partido-pirata-entra-en-el-parlamento-de-berlin.html>

AGENCIAS, *El pinchazo del pop en España*, Diario el Mundo, 2 de febrero de 2012, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/07/cultura/1328630092.html>.

AGENCIAS, *El PSOE exige al Gobierno que retire la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual*, EUROPA PRESS, 5 de diciembre de 2013. Disponible en <http://www.europapress.es/cultura/exposiciones-00131/noticia-psoe-exige-gobierno-retire-modificacion-ley-propiedad-intelectual-20131205171341.html>.

AGENCIAS, *El PSOE quiere pactar con el Gobierno la Ley de Propiedad Intelectual*, Diario ABC, 4 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.abc.es/cultura/20131004/abci-psoe-gobierno-reforma-propiedad-201310041604.html>.

AGENCIAS, *El reglamento de la "Ley Sinde" deberá esperar*, Diario El Mundo, 25 de noviembre de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/11/25/navegante/1322223569.html>.

AGENCIAS, *El 'streaming' hunde la venta musical en EE UU*, El País, 24 de julio de 2013. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/07/23/actualidad/1374596811_932529.html.

AGENCIAS, *El tesoro 'pirata' de la Red*, Diario El País, 17 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/14/cultura/1294959601_850215.html.

AGENCIAS, *El uso del P2P crece en Europa tras el cierre de Megaupload*, Diario El País, 26 de enero de 2012, disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/26/actualidad/1327564710_986496.html.

AGENCIAS, *EGEDA critica que la Ley Sinde no ha tenido 'ningún efecto'*, Diario El Mundo, 23 de noviembre de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/23/navegante/1353655199.html>.

AGENCIAS, *Ending the open season on artists*. The Economist. 17 de febrero de 2011. Disponible en <http://www.economist.com/node/18184458>

AGENCIAS, *España lidera el tráfico de la nueva web de Kim Dotcom*, Diario El Mundo, 3 de febrero de 2013. Disponible en <http://www.elmundo.es/accesible/elmundo/2013/02/03/navegante/1359893837.html>

AGENCIAS, *España, número 1 mundial en usuarios de webs no autorizadas*, Diario El País, 20 de enero de 2011, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/01/20/actualidad/1295478004_850215.html.

AGENCIAS, *FACUA envía a los grupos parlamentarios 30.000 firmas contra la "Ley Sinde"*, 20 de diciembre de 2010, Disponible en <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=5530>.

AGENCIAS, *FileServe y Wupload abandonan el intercambio de archivos por las presiones de los estudios*, Diario El Mundo, 4 de abril de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/04/navegante/1333534028.html>.

AGENCIAS, *Fiscalía Anticorrupción investiga a la SGAE*, Diario El País, 30 de junio de 2011, Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/06/30/actualidad/1309424461_850215.html.

AGENCIAS, *Francia cesa los cortes de conexión a Internet por descargas ilegales*. Europa Press. 10 de julio de 2013. Disponible en <http://www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-francia-cesa-cortes-conexion-internet-descargas-ilegales-20130710111631.html>.

AGENCIAS, *Google ya filtra las búsquedas sugeridas de sitios conflictivos de descargas*, Diario El País, 17 de enero de 2011, disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/01/27/actualidad/1296122463_850215.html.

AGENCIAS, *Google Play y YouTube comienzan a alquilar películas en Francia desde 2,99 euros*, Diario El Mundo, 29 de marzo de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/29/navegante/1333033876.html>.

AGENCIAS, *La descarga de contenidos se aleja de las páginas de enlaces P2P*, Diario El País, 4 de febrero de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/02/04/ciberpais/1265253873_850215.html.

AGENCIAS, *La industria cultural afirma que el 78% de los contenidos que se consumen en España son 'piratas'*, Diario El País, 12 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/04/12/actualidad/1302559202_850215.html.

AGENCIAS, *La industria musical se asoma al abismo*, Diario El País, 21 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/21/cultura/1295564401_850215.html.

AGENCIAS, *La nueva ley de Propiedad Intelectual se presentará antes de fin de año*. El Economista, 20 de junio de 2012. Disponible en <http://www.eleconomista.es/telecomunicaciones-tecnologia/noticias/4057683/06/12/la-nueva-ley-de-propiedad-intelectual-se-presentara-antes-de-fin-de-ano.htm>.

AGENCIAS, *La película de la piratería en España*, Diario El País, 31 de marzo de 2010, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2010/03/31/actualidad/1269986405_850215.html.

AGENCIAS, *Las descargas se cargan a la productora de REC*, Diario Público, 30 de julio de 2010. Disponible en <http://www.publico.es/culturas/330326/las-descargas-se-cargan-a-la-productora-de-rec>.

AGENCIAS, *La industria cultural afirma que el 78% de los contenidos que se consumen en España son 'piratas'*, Diario El País, 12 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/04/12/actualidad/1302559202_850215.html.

AGENCIAS, *La industria del 'software' alerta del incremento de los niveles de 'piratería' en España*, Diario El Mundo, 12 de abril de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/05/12/navegante/1305193055.html>.

AGENCIAS, *La industria musical se asoma al abismo*, Diario El País, 21 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/21/cultura/1295564401_850215.html.

AGENCIAS, *La Ley Sinde no funciona*, Diario El País, 9 de octubre de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/10/09/actualidad/1349788203_608936.html.

AGENCIAS, *La lista de Sinde*, Diario Público, 9 de enero de 2012, disponible en <http://www.publico.es/culturas/415909/la-lista-de-sinde>.

AGENCIAS, *La música digital ya vende más que la física en EEUU*, Diario El Mundo 7 de enero de 2012, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/07/cultura/1325944581.html>.

AGENCIAS, *La Subcomisión pide al Gobierno cambios en la ley sobre los derechos de autor*. Que.com, 25 de febrero de 2010. Disponible en <http://www.que.es/últimas-notiias/espana/201002251525-subcomision-pide-gobierno-cambios-ley.html>.

AGENCIAS, *Las Entidades de gestión denuncian en Bruselas la eliminación del canon digital*, Diario El Mundo, 3 de agosto de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/08/03/navegante/1343995781.html>.

AGENCIAS, *Los amos opacos de Internet*, Diario El País, 28 de marzo de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/03/28/domingo/1269751954_850215.html.

AGENCIAS, *Los españoles rechazan pagar por descargas mientras exista el canon*, Diario Público, 26 de febrero de 2012, Disponible en <http://www.publico.es/363315/los-espanoles-rechazan-pagar-por-descargas-mientras-exista-el-canon>.

AGENCIAS, *Los ingresos de la SGAE crecieron el año pasado un 7,7% respecto a 2009*. Diario El País. 25 de abril de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/04/25/actualidad/1303682403_850215.html.

AGENCIAS, *Los libros digitales ya ganan al papel en Estados Unidos*, Diario El Mundo, 16 de abril de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/16/navegante/1302946977.html>.

AGENCIAS, *"Megaupload es crimen organizado"* Diario El País, 20 de enero de 2012, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/20/actualidad/1327089184_983436.html.

AGENCIAS, *Netflix España sigue sin fecha de llegada*, Diario El Mundo, 26 de enero de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/25/navegante/1327491277.html>.

AGENCIAS, *Otros sitios cancelan contenidos*, Diario El País, 22 de enero de 2010, disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/22/actualidad/1327270759_773068.html.

AGENCIAS, P2P. v. P2P, *el cazador... cazado*, Diario El País de 23 de abril de 2010. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2010/04/23/actualidad/1272013262_850215.html.

AGENCIAS, *Pacto in extremis por la 'ley Sinde'*, Diario El País, 20 de diciembre de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2010/12/20/cultura/1292799601_850215.htm.

AGENCIAS, *¿Peligra la ley Hadopi contra las descargas en Francia?* Diario El Mundo, 17 de mayo de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/17/navegante/1337247604.html>.

AGENCIAS, *Propiedad intelectual 2.0*, Diario El País, 25 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/25/opinion/1295910005_850215.html.

AGENCIAS, *¿Quién sube las películas al BitTorrent?*, 26 de enero de 2011, disponible en C:\Users\Angelito\Desktop\TESIS.DOCTORADO\Articulos y noticias desde Oct 2010 *¿Quién sube las películas al BitTorrent · ELPAÍS_com.mht*.

AGENCIAS, *RapidShare deja de premiar al que más archivos 'sube' a la Red*, Diario Público, 21 de junio de 2010, Disponible en <http://www.publico.es/ciencias/322343/rapidshare-deja-de-premiar-al-que-mas-archivos-suba-a-la-red>.

AGENCIAS, *Rapidshare no es responsable de lo que suben sus usuarios*, Diario Público, 5 de mayo de 2010, <http://www.publico.es/ciencias/310295/rapidshare-no-es-responsable-de-lo-que-suben-sus-usuarios>.

AGENCIAS, *Récord de 'Juego de tronos': un millón de descargas ilegales*. Diario El País. 4 de abril de 2013. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/04/04/actualidad/1365060324_939692.html.

AGENCIAS, *Sastrón: "La SGAE se encuentra al borde de la quiebra... y no decirlo es mentir"*, Diario El País, 22 de marzo de 2012, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/03/21/actualidad/1332359791_400533.html.

AGENCIAS, *Taquilla en el salvaje oeste*, Diario El País, 10 de enero de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/10/cultura/1294614002_850215.html.

AGENCIAS, *Telefónica cierra Pixbox*, Diario El Mundo, 10 de mayo de 2011, Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/05/10/navegante/1305026052.html>.

AGENCIAS, *'Tenemos un negocio curioso... piratas de la era moderna :)',* Diario El Mundo, 20 de enero de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/20/navegante/1327056343.html>.

AGENCIAS, *Un informe de Cultura advierte de la escasez de contenidos para 'e-books'*, Diario El País, 3 de noviembre de 2010, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/04/15/actualidad/1302818403_850215.html.

AGENCIAS, *Un mes de Ley Sinde-Wert: 213 demandas*, Diario El País, 2 de abril de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/04/02/actualidad/1333353736_568603.html

AGENCIAS, *Una asociación de discográficas pide que Google retire enlaces a descargas*, Diario Público 22 de junio de 2010, disponible en <http://www.publico.es/ciencias/322672/una-asociacion-de-discograficas-pide-que-google-retire-enlaces-a-descargas>.

AGENCIAS, *Una juez de Santander sentencia que descargar música por Internet no es delito*, Diario El Mundo, 2 de noviembre de 2006, disponible en <http://www.elmundo.es/navegante/2006/11/01/tecnologia/1162383709.html>.

AGENCIAS, *Uno de cada dos internautas accede a “productos ilegales” en España*, Diario El País, 27 de febrero de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/27/actualidad/1361966543_413140.html.

AGUIAR, LUIS y MARTENS, BESRTIN, *Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data*, Digital Economy Working Paper. Institute for Prospective Technological Studies. (2013). (La traducción del título es del autor de este trabajo). Disponible en <http://www.scribd.com/doc/131005609/JRC79605>.

ALEMANY, LUIS, '*¿Cine de pago? Necesitamos que despunte la inversión publicitaria en red*', Diario El Mundo, 23 de febrero de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/23/cultura/1329988104.html>.

ALTARES, GUILLERMO, *El derecho de los autores*, de su blog “Papeles perdidos”, 26 de diciembre de 2011. Disponible en <http://blogs.elpais.com/papeles-perdidos/2011/12/el-derecho-de-los-autores.html>

AMÓN, RUBÉN, *El Constitucional francés tumba parte de la ley antiP2P que prevé cortes de Internet*, El Mundo <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/06/10/navegante/1244650903.html>.

ANSORENA, LUIS, *¿Y ahora dónde veo las películas?* Cinco Días, 31 de enero de 2012, Disponible en http://www.cincodias.com/articulo/economia/ahora-veo-peliculas/20120131cdscdseco_9/

ARJONA, DANIEL, *Cómo dejar de temer a la piratería editorial*, Suplemento El Cultural del Diario El Mundo, 23 de marzo de 2012. Disponible en http://www.elcultural.es/version_papel/LETRAS/30761/Como_dejar_de_temer_a_la_pirateria_editorial.

BARCIELA, FERNANDO, *El desembarco de Netflix*, 4 de septiembre de 2011, Disponible en http://elpais.com/diario/2011/09/04/negocio/1315141409_850215.html

BARÓN CRESPO, ENRIQUE (Ministro de Transporte, Turismo y Comunicaciones durante el primer gobierno del PSOE, desde 1982 a 1985), *Propiedad intelectual 2.0*, pieza de opinión

publicada en el Diario El País el 25 de enero de 2011, Disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/25/opinion/1295910005_850215.html

BELINCHÓN, GREGORIO, *El globo sonda de la huida de Hollywood de España*, Diario El País, 2 de abril de 2010, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2010/04/02/actualidad/1270159201_850215.html

BELINCHÓN, GREGORIO, *Quién da un céntimo por la industria del cine*, Diario El País, 29 de septiembre de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/09/28/actualidad/1348857874_313897.html

BELINCHÓN, GREGORIO., y FRAGUAS, ANTONIO., *Anonymous difunde datos personales de partidarios de la 'ley Sinde'*. Diario El País, 28 de enero de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/28/actualidad/1327776239_920585.html.

BELMONTE, EVA, *España, año 1 antes de Netflix*, Diario El Mundo, 9 de noviembre de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/11/07/navegante/1320687892.html>

CALERO, JESÚS GARCÍA, *¿Del canon digital al «simpa»?*, Diario ABC, 5 de junio de 2012. Disponible en <http://www.abc.es/20120605/cultura/abci-canones-canon-201206042136.html>.

CARRETERO, RODRIGO, *El precio de los conciertos en España: entre el lujo y la asfixia económica de algunos músicos*, artículo del Huffingtonpost.es, 22 de septiembre de 2012. Disponible en http://www.huffingtonpost.es/2012/09/22/el-precio-de-los-conciert_n_1902727.html.

COMES FAYOS, MARÍA, *Películas con valor añadido*, El País Digital, 17 de Agosto de 2012, Disponible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/08/17/madrid/1345232431_995333.html.

CORAGGIO, GULIO, *The New "Era" for Copyright Internet Liability in Italy Is Now on*, Blog GamingTechLAW, 31 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.gamingtechlaw.com/2014/03/the-new-era-for-copyright-internet.html>.

COYLE, ANTHONY, *Etxebarria: “Nos negamos a que haya gente que se lucre con las descargas”*, Diario El País 24 de enero de 2012. Disponible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/01/24/catalunya/1327443715_616570.html.

COYLE, JAKE, *Radiohead's experiment rocks music industry*, Associated Press, 24 de octubre de 2007. Disponible en http://www.msnbc.msn.com/id/21456074/ns/technology_and_science-internet/t/radioheads-experiment-rocks-music-industry.

CRIADO, MIGUEL ANGEL, *El buscador P2P BTjunkie decide el cese de su actividad*, Diario Público, 7 de febrero de 2012, Disponible en <http://www.publico.es/culturas/420684/el-buscador-p2p-btjunkie-decide-el-cese-de-su-actividad>.

CRIADO, MIGUEL ANGEL, *El canon con el PP: de tasa abusiva a impuesto indiscriminado*. Diario Público, 2 de enero de 2012. Disponible en (<http://www.publico.es/ciencias/414933/el-canon-con-el-pp-de-tasa-abusiva-a-impuesto-indiscriminado>).

CRIADO, MIGUEL ANGEL, “La lista de Sinde”, *Diario Público Digital*, 9 enero de 2012, <http://www.publico.es/culturas/415909/la-lista-de-sinde>.

CRIADO, MIGUEL ÁNGEL, *La SGAE y el Ministerio de Cultura también descargan*, Diario Público, 15 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.publico.es/culturas/412429/la-sgae-y-el-ministerio-de-cultura-tambien-descargan>

CUELLAR, MANUEL, *Descargas muy 'legales'*, Diario El País, 20 de junio de 2010, Disponible en http://elpais.com/diario/2010/06/20/eps/1277015219_850215.html

DE LA IGLESIA, ALEX (antiguo Director de la Academia del Cine), *El vacío está ya bajo nuestros pies*, pieza de opinión publicada en el Diario El País, 20 de febrero de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/02/20/actualidad/1329771088_462187.html.

DELCOS, TOMÁS, *Otros sitios cancelan contenidos*, Diario El País, 22 de enero de 2012, Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/22/actualidad/1327270759_773068.html.

ELOLA, JOSEBA, *Las manos que mueven las descargas*, Diario El País, 28 de marzo de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/03/28/domingo/1269751953_850215.html.

FLORES, ANA, *"Tenemos que estar preparados para más irregularidades de Teddy"*; Diario Público, 25 de noviembre de 2011, disponible en <http://www.publico.es/culturas/403218/tenemos-que-estar-preparados-para-mas-irregularidades-de-teddy>.

FRAGUAS, ANTONIO, y SEISDEDOS, IKER, *La 'ley Sinde' ve la luz con el PP*, Diario El País, 30 de diciembre de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/12/30/actualidad/1325199603_850215.html

FRAGUAS, ANTONIO, *La música, en caída libre*, Diario El País, 22 de enero de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/01/22/cultura/1264114804_850215.html

FRITZ, BEN, *In Spain, Internet piracy is part of the culture*, Los Angeles Times, 30 de marzo de 2010, Disponible en <http://articles.latimes.com/2010/mar/30/business/la-fi-ct-spain30-2010mar30>.

GARCÍA CALERO, JESÚS, *Zapatero retira la "Ley Sinde" tras un duro enfrentamiento en el Consejo de Ministros*, Diario ABC, 13 de diciembre de 2011, <http://www.abc.es/20111202/cultura/abci-zapatero-retira-sinde-tras-201112021305.html>

GARCÍA, ROCÍO y DÍEZ, ANABEL, *Una "Ley Sinde" 2.0' para seducir al PP*, Diario El País, 29 de diciembre de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/12/29/cultura/1293577202_850215.html

GARCÍA, ROCÍO, y GÓMEZ, ROSARIO G., La ventana de Internet, en el aire, Diario El País, 21 de mayo de 2012. Disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/21/actualidad/1337615715_708834.html

GARCÍA, ROCÍO, *Gobierno y PP pactan una 'Ley Sinde' con más garantías judiciales*, Diario El País, 24 de enero de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/01/24/actualidad/1295823605_850215.html.

GARCÍA, ROCÍO, *Rebelión (también) en el mundo del cine*, Diario El País, 12 de diciembre de 2010, Disponible en http://elpais.com/diario/2010/12/21/cultura/1292886001_850215.html.

GÓMEZ G., ROSARIO, y POZZI, SANDRO, *La prensa se asoma al pago en la Red*, Diario El País, 11 de abril de 2013. Disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/11/actualidad/1365709436_068928.html.

GRAEBER, CHARLES, *Inside the Mansion—and Mind— of Kim Dotcom, the Most Wanted Man on the Net*, Wired, 18 de octubre de 2012, disponible en <http://www.wired.com/threatlevel/2012/10/ff-kim-dotcom/>.

GREENBERG, ANDY, *Free? Steal It Anyway*, Forbes Magazine, Disponible en http://www.forbes.com/2007/10/16/radiohead-download-piracy-tech-internet-cx_ag_1016techradiohead.html.

GURU HUNKY, *Ranking de la industria del software en Europa. España no sale ni en el mapa*. La Vanguardia. 23 de noviembre de 2010. Disponible en <http://www.gurusblog.com/archives/ranking-industria-software-europa/23/11/2010/>.

HERMOSO, BORJA, y VERDÚ, DANIEL, *La cultura, ante su peor momento*, Diario El País, 26 de septiembre de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/09/26/actualidad/1348692120_825811.html.

HUERTA, ROCÍO, *“La Comisión de Propiedad Intelectual no funciona lo bien que debería”*, Diario El País, 17 de diciembre de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/12/17/actualidad/1355750941_463822.html.

JIMÉNEZ CANO, ROSA, *Google cambia para proteger el ‘copyright’*, Diario El País, 13 de agosto de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/08/13/actualidad/1344855614_135573.html

JIMÉNEZ CANO, ROSA, *La industria de Hollywood apuesta por Internet frente al DVD*, Diario El País, http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/01/07/actualidad/1294394464_850215.html, (consultado por última vez el 18 de diciembre de 2012). Ver también <http://www.uvvu.com/what-is-uv.php>.

KOCH, TOMASSO, *El detenido por filtrar lo nuevo de Extremoduro lo vendía ‘online’*, Diario El País, 21 de noviembre de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/11/20/actualidad/1384974767_643640.html.

KOCH, TOMMASO, *Luz Casal, primer caso de la comisión de la ‘ley Sinde’*, Diario El País 20 de junio de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/06/18/actualidad/1340009114_773108.html

KOTCH, TOMASSO, y CASTELLANOS, GUILLERMO, *España, país líder en visitas a Mega*, Diario El País, 19 de febrero de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/15/actualidad/1360934158_450716.html.

KOCH, TOMASSO, *Hollywood se ‘alquila’ en YouTube*, Diario El País, 4 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/04/04/actualidad/1333555984_055734.html

KOCH TOMASSO, *Más de 200 Anonymous se manifiestan ante el Teatro Real en contra de la ley Sinde*, Diario El País, 13 de febrero de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/02/13/actualidad/1297551607_850215.html.

KOCH, TOMASSO, *YouTube ficha a Rambo y Terminator*, Diario El País, 4 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/04/16/actualidad/1334595000_088193.html.

LÓPEZ PALACIOS, IÑIGO, “*El 84% de todos los contenidos culturales adquiridos en España es pirata*”, Diario el País, 9 de abril de 2014. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/09/actualidad/1397039187_622486.html.

LÓPEZ PALACIOS, IÑIGO, *El año en que el pop y el rock cayeron del escenario*. Diario El País, 14 de marzo de 2012, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/03/13/actualidad/1331655057_787656.html.

LÓPEZ PALACIOS, IÑIGO, “¿Quién diablos es Paul McCartney?”, Diario El País, 30 de septiembre de 2013, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/09/26/actualidad/1380204370_579010.html.

MANRIQUE, DIEGO, *Esa gente feroz: Ike y Tina Turner*. Blog Planeta Manrique, Disponible en <http://blogs.elpais.com/planeta-manrique/2013/06/esa-gente-feroz-ike-and-tina-turner.html>.

MANRIQUE SABOGAL, WISTON, *El 68% de los españoles que ‘bajan’ libros de Internet no paga por ello*, Diario El País, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/07/actualidad/1360228328_922211.html.

MARCOS, JESÚS MIGUEL, Wert: “*Muy pronto habrá novedades*” sobre las descargas”, Diario Público, 22 de febrero de 2012. Disponible en <http://www.publico.es/culturas/414019/wert-muy-pronto-habra-novedades-sobre-las-descargas>

MARTÍN, JAVIER, *Cerrado el 'megaupload' de los libros*, Diario El País, 16 de febrero de 2012, Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/02/16/actualidad/1329412601_293810.html.

MARTÍN, JAVIER, *La música digital, el 31% del total*, Diario El País, 26 de marzo de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/03/26/actualidad/1332760427_897221.html.

MARTÍN, JAVIER, *Putlocker se hace con el tráfico de Megaupload*, Diario El País, 11 de marzo de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/03/11/actualidad/1331461048_012673.html.

MARTÍN, JAVIER, *Reino Unido: las ventas de música digital superan a la física*, Diario El País, 31 de mayo de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/05/31/actualidad/1338473165_656380.html

MÉNDEZ, MANUEL ANGEL, *Spotify: 5 millones de suscriptores, miles de artistas cabreados*, Diario El País, 7 de diciembre de 2012, disponible en <http://blogs.elpais.com/tecnologia/2012/12/spotify-5-millones-suscriptores-miles-artistas-cabreados.html>

MÉNDEZ, MANUEL ANGEL, *Spotify prepara un ambicioso plan de expansión*, Diario El País, 17 de noviembre de 2012, disponible en <http://blogs.elpais.com/tecnologia/2012/11/spotify-prepara-ambicioso-plan-de-expansion.html>

MOREIRA, SARA, *Web Users Debate Portuguese Private Copying Bill*, Global Voices, 27 de febrero de 2012, <http://globalvoicesonline.org/2012/02/27/portugal-web-users-debate-portuguese-private-copying-bill/>

MUÑOZ, RAMÓN, *“El Gobierno deja intacta la ‘ley antidescargas’”*, Diario El País, 26 de agosto de 2010. Disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/03/19/actualidad/1268953203_850215.html

MUÑOZ, RAMÓN, *El mercado pirata de contenidos es casi cuatro veces mayor que el legal*, Diario El País, 4 de noviembre de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/11/04/cultura/1288825204_850215.html.

MUÑOZ, RAMÓN, *“Estoy orgullosa de la ‘Ley Sinde’”*, Diario El País, 26 de agosto de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/08/26/ultima/1282773601_850215.html.

MUÑOZ, RAMÓN, *Telefónica quiere que pague más quien más descarga de Internet*, *Diario El País*, 31 de agosto de 2010, Disponible en http://elpais.com/diario/2010/08/31/sociedad/1283205604_850215.html.

MUÑOZ R. y CANO, R.J., *Fracasa la “Ley Sinde” en el Congreso tras el último intento del PSOE de conseguir apoyo*, *Diario El País*, 21 de diciembre de 2010. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2010/12/21/actualidad/1292886001_850215.htm.

MUÑOZ, RAMÓN, y RODRÍGUEZ MARCOS, JAVIER, *La tableta da alas al libro 'pirata'*, *Diario El País*, 3 de noviembre de 2010, Disponible en http://elpais.com/diario/2010/11/03/cultura/1288738801_850215.html.

MUÑOZ, RAMÓN y BELINCHÓN, GREGORIO, *Los fundadores de SeriesYonkis venden su parte del portal de descargas más exitoso de España*, *Diario El País*, 18 de enero de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/18/actualidad/1326841203_850215.html.

MYERS, PATRICK J., *Some New (and Some Rejected) Exemptions to the Digital Millennium Copyright Act*, Pillsburylaw.com, 20 de noviembre de 2012, Disponible en <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/Alert20121120IntellectualPropertySomeNewandSomeRejectedExemptionstotheDigitalMillenniumCopyrightAct.pdf>.

PAGE, SEBASTIEN, *4,000,000 iPhones Are Downloading Apps Illegally*, 10 de agosto de 2010, Disponible en <http://www.idownloadblog.com/2010/08/10/4000000-iphones-are-downloading-apps-illegally/>

PRIETO, DARÍO, *Reprimenda del Consejo de Estado a la Ley de Propiedad Intelectual*, *Diario El Mundo*, 18 de noviembre de 2013. Disponible en <http://www.elmundo.es/cultura/2013/12/05/529fd04863fd3d96058b4594.htm>. (Consultado por última vez el 24 de enero de 2014).

PRIETO, DARÍO, *Teddy Bautista deja la presidencia de la SGAE tras el escándalo de corrupción*, *diario El Mundo*, 12 de julio de 2011. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/07/12/cultura/1310482969.html>.

RABINIER, STEPHANIE, *Man Gets 1 Year in Prison for Uploading Pirated 'Wolverine' Movie*, 12 de enero de 2012, <http://blogs.findlaw.com/technologist/2012/01/man-gets-1-year-in-prison-for-uploading-pirated-wolverine-movie.html>.

RESNIKOFF, PAUL, *The 13 Most Insidious, Pervasive Lies of the Modern Music Industry...*, Digital Music News, 25 de Septiembre de 2013, <http://www.digitalmusicnews.com/permalink/2013/09/25/lies>

REVENTÓS, LAIA, *El 'streaming' está matando a la estrella del Blu ray*, Diario El País, 26 de marzo de 2012. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/03/26/actualidad/1332755574_671555.html.

RIBAS, XAVIER, *Compartir copias no autorizadas a través de P2P es delito*, Kriptópolis.com, 26 de julio de 2003. Disponible en <http://www.noticiasdot.com/publicaciones/2004/1004/0110/noticias011004/noticias011004-10.htm>.

RIZZUTO, ROBERT, *Copyright group preparing lawsuits against 23,322 BitTorrent users for downloading 'The Expendables'*. Masslive.com, 11 de mayo de 2011. Disponible en http://www.masslive.com/entertainment/index.ssf/2011/05/copyright_group_preparing_laws.htm

RODRÍGUEZ, SERGIO, *Los libros digitales ya ganan al papel en Estados Unidos*, Diario El Mundo, 16 de abril de 2011, Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/16/navegante/1302946977.html>

RODRIGUEZ HERRERA, DANIEL, *El Partido Republicano estudia un cambio de política sobre derechos de autor*, Libertad Digital, 19 de noviembre de 2012, disponible en <http://www.libertaddigital.com/ciencia-tecnologia/internet/2012-11-19/el-partido-republicano-estudia-un-cambio-de-politica-sobre-derechos-de-autor-1276474674/>

ROMERO, PABLO, ¿Existe una sola “Lista de Sinde” o existen varias?, *Diario El Mundo Digital [en línea]*, 9 de enero de 2012, <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/09/navegante/1326113903.html>.

ROMERO, PABLO, *La operadora R se niega a desconectar al internauta por compartir vía P2P*, Diario El Mundo, 20 de enero de 2014. Disponible en <http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/01/22/52df8b94ca4741e1708b456a.html>.

ROMERO, PABLO, *La primera resolución de la Ley Sinde obliga a retirar enlaces 'presentes y futuros'*. Diario El Mundo, 18 de junio de 2012. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/18/navegante/1340002797.html>.

ROMERO, PABLO, *Un juez de Valencia condena al responsable de varios sitios de 'streaming' ilícito*, Diario El Mundo, 27 de junio de 2013. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/06/27/navegante/1372334025.html>.

ROMERO, PABLO, *Una sentencia obliga al operador R a cortar el acceso de un usuario de P2P por infringir derechos de autor*, Diario El Mundo, 20 de enero de 2014, disponible en <http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/01/20/52dcfc3cca4741ce548b4577.html>.

RUIZ MANTILLA, JESÚS, *El libro digital explota en EE.UU.*, Diario El País, 25 de octubre de 2011. Disponible en http://elpais.com/diario/2011/10/25/cultura/1319493601_850215.html.

RUIZ MANTILLA, JESÚS, *Los editores retan al futuro digital*, Diario El País, 25 de mayo de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/05/25/cultura/1274738401_850215.html.

RUIZ MANTILLA, JESÚS, *"Nadie respeta la cultura de un país que lidera las descargas ilegales"*, Diario El País, 26 de diciembre de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/12/26/actualidad/1324854001_850215.html.

SABOGAL, WINSTON MANRIQUE, *El sector del libro dejó de ganar 350 millones por la piratería*, Diario El País, 18 de enero de 2013, disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/01/16/actualidad/1358368254_624435.html.

SAMUELSON, PAMELA, *The Copyright Grab*. Revista Wired. 1996. Disponible en http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html.

SEISDEDOS, IKER, y GARCÍA, ROCÍO, *El cine español se lleva la peor parte del recorte de los presupuestos*, 3 de abril de 2012. Diario El País, 3 de abril de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/04/02/actualidad/1333395117_112099.html.

SEISDEDOS, IKER, y MARCO, ANA, *El Gobierno aprueba el sistema que sustituye al canon digital*, Diario El País, 7 de diciembre de 2012, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/12/07/actualidad/1354869889_535078.html.

SEISDEDOS, IKER y MUÑOZ, RAMÓN, *El canon salva las cuentas de la SGAE*, Diario El País, 25 de febrero de 2010. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/02/25/cultura/1267052401_850215.html.

SEISDEDOS, IKER, *El Gobierno del PSOE renuncia a desarrollar la “Ley Sinde”*, Diario El País, 2 de diciembre de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/12/02/actualidad/1322780404_850215.html

SEISDEDOS, IKER, *La ‘ley Sinde-Wert’, ese agujero negro*, Diario El País, 15 de febrero de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/15/actualidad/1360961194_991474.html.

SISARIO, BEN, *La música en ‘streaming’, una ruina para los autores*, Diario El País, 13 de febrero de 2013, Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/02/13/actualidad/1360783258_556520.html

STURM, CONY, *The Pirate Bay se aloja en la nube y se vuelve “a prueba de allanamientos”*, Fayerwayer.com. Disponible en <http://www.fayerwayer.com/2012/10/the-pirate-bay-se-aloja-en-la-nube-y-se-vuelve-a-prueba-de-allanamientos/>.

VERDÚ, DANIEL, *El congreso de EE UU coloca a España entre los cinco países más ‘piratas’ del mundo*, Diario El País, 2 de junio de 2011, Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/06/02/actualidad/1306965608_850215.html.

VERDÚ, DANIEL, *España, a punto de reingresar en la lista negra de la piratería*, Diario El País, 12 de febrero de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/12/actualidad/1360688564_380064.html.

VERDÚ, DANIEL, *España, número 1 mundial en usuarios de webs no autorizadas*, Diario El País, 20 de enero de 2011. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2011/01/20/actualidad/1295478004_850215.html.

VERDÚ, DANIEL, *La lenta muerte del directo*, Diario El País, 10 de junio de 2013. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2013/06/10/actualidad/1370892579_619916.html.

VERDÚ, DANIEL, *Ley de Mecenazgo, prioridad cultural*, Diario El País, 17 de enero de 2012, Disponible en http://elpais.com/diario/2012/01/17/cultura/1326754802_850215.html.

VERDÚ, DANIEL, *Su biblioteca digital morirá con usted*, Diario El País 10 de septiembre de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/09/10/actualidad/1347304690_488599.html.

VITORINO, ANTÓNIO, Recommendations Resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies. Comisión Europea, Bruselas, 31 enero de 2013. Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf.

WERT, JOSÉ IGNACIO, *Peristas y libertarios*, pieza de opinión publicada en el Diario El País antes de ser nombrado Ministro de Educación, Cultura y Deportes por el Partido Popular, 2 de enero de 2011, Disponible en http://elpais.com/diario/2011/01/02/opinion/1293922804_850215.html.

WILSON, MICHAEL, *Adventures of the 'Wolverine' Leaker*, The New York Times, 12 de enero de 2010. Disponible en http://www.nytimes.com/2010/01/13/nyregion/13wolverine.html?_r=0.

Otras citas.

2009 Special 301 Report, Representante de Comercio de los Estados Unidos, Oficina Ejecutiva del Presidente, 2009. Disponible en http://www.ustr.gov/webfm_send/1906

2011 Digital Music Report, Federación Internacional de la Industria Fonográfica (“*International Federation of the Phonographic Industry*” en adelante IFPI) <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2011.pdf>

2011 Special 301 Report 2011, Representante de Comercio de los Estados Unidos, Oficina Ejecutiva del Presidente. Disponible en <http://www.ustr.gov/sites/default/files/2012%20Special%20301%20Report.pdf>

2012 Special 301 Report. Representante de Comercio de los Estados Unidos, Oficina Ejecutiva del Presidente. Disponible en http://www.ustr.gov/sites/default/files/2012%20Special%20301%20Report_0.pdf.

Associação da Cópia Privada avança com queixa contra o Estado, 4 de abril de 2013. Disponible en http://tek.sapo.pt/noticias/internet/associacao_da_copia_privada_avanca_com_queixa_1309399.html.

Auto nº 665 /2007 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Cartagena, de diecisiete de abril de 2008. Caso elitedivx.com).

Auto 3975/08 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, de 3 de noviembre de 2008 (caso TVMIX.net).

A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

Auto nº 554/10 de 11 de septiembre de 2008 Audiencia Provincial Madrid. (Caso CVCDGO).

Auto Diligencias Previas Nº 817/06. Juzgado de Instrucción Nº3 de Alcoy de 17 de junio de 2009 (caso Naiadadonkey.com); confirmado por la Audiencia Provincial de Alicante, por Auto nº 161/2010, de 18 de Febrero de 2010.

Auto 201/09, Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª de 16 de septiembre de 2009 (Caso Elitedivx.com).

Auto Nº 161/2010, de la Audiencia provincial de Alicante de 18 de febrero de 2010. (Caso [Naiadadonkey](http://Naiadadonkey.com)).

Auto Nº 364/10 Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid. Audiencia Provincial De Madrid Sección Primera de veintisiete de abril de 2010 (caso ROJADIRECTA.COM).

Auto nº 214/10 de la Audiencia Provincial de Cantabria de 8 de junio de 2010. (Caso Cinegratis.net).

Auto 179/11 de 15 de Marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid. Caso eDonkeyMania.

Auteurswet 1912, modificada por Wet van 6 juli 2004 tot aanpassing van de Auteurswett 1912, de Wet op de naburige rechten ter uitvoering van richtlijn nr. 2001/29/EG. Versión en inglés de la OMPI. La versión original de la Ley en holandés se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=228395, y la versión en inglés de la OMPI en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=249663.

BOCG Congreso, Serie A, núm. 44-13, 2 de marzo de 2006. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_044-13.PDF.

BOCG Senado, Serie II, núm. 53 (c), de 21 de abril de 2006, Pág. 52. Disponible en <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28SEII2006042100530c.CODI.%29#>.

Boletín Oficial de las Cortes Generales de 30 de noviembre de 2005, serie A, núm. 44-10, pág. 55. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_044-10.PDF.

Carta del Director del Departamento Jurídico de RAPIDSHARE al Coordinador de medidas ejecutivas para la defensa de la propiedad intelectual de EE.UU. de 20 de agosto del 2012. Disponible en <http://www.scribd.com/doc/103331643/IPEC-Comments>.

Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung, Nº 06 Civ. 5578, 2009 U.S. Dist. LEXIS 122661; Copy. L. Rep. (CCH) P29, 877 (C.D. Cal. Dec, 21, 2009).

Conclusiones de la Abogado General Sra. VERICA TRSTENJAK presentadas el 11 de mayo de 2010 en el Asunto C 467/08. Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) contra Padawan, S.L. (Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona).

“*Congressional International Anti-Piracy Caucus*”, Documento original disponible en <http://schiff.house.gov/files/Congressional%20Anti%20Piracy%20Caucus%202011%20Country%20Watchlist.pdf>.

Consumers given more copyright freedom. Department for Business, Innovation and Skills. Intellectual Property Office. Comunicado oficial publicado en la Red el 20 de diciembre de 2012. Disponible en <http://news.bis.gov.uk/Press-Releases/Consumers-given-more-copyright-freedom-68542.aspx>

Diccionario en línea de la RAE, 22ª Edición. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ende.

Dictamen 1064/2013 del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aprobado el 18 de noviembre de 2013.

Digital Music Report 2012. Expanding Choice. Going Global. Publicado por la IFPI. Pág. 9. Disponible en <http://www.ifpi.org/content/library/dmr2012.pdf>.

Discurso de Enrique González Macho, Judith Colell y Marta Etura en los Premios Goya 2012. Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=NrYoyB4UGNU>

Estudio de PRICEWATERHOUSE referenciado en el artículo: *La subida del IVA amenaza de cierre al 21% de las salas de cine*, Diario El País, 1 de agosto de 2012. Disponible en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/08/01/actualidad/1343847516_602837.html.

Glosario Tecnológico de BHTAVANZA. Disponible en: <http://www.bhtavanza.com/es/informacion/informaciong?task=list&glossid=1&letter=All&page=2>.

How much does an artist make from a single stream of a song on iTunes Match and Spotify?, Thenextweb.com, 3 de septiembre de 2012, disponible en <http://thenextweb.com/apple/2012/09/03/less-than-a-stinkin-cent/>

Informe de la Comisión Europea Sobre los Cánones por Copia Privada de 17 de febrero de 2014, (2013/2114(INI)).

Informe del Pleno de Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley De Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, y de la Ley 1/2000, de 7 De Enero, de Enjuiciamiento Civil de 25 de julio de 2013. Puntos 45 y 46. Disponible en <http://adepi.net/wp-content/uploads/2013/07/Infome-L.P.I-y-L.E.C.pdf>.

International Intellectual Property Alliance (IIPA) 2014 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement. Disponible en <http://www.iipa.com/rbc/2014/2014SPEC301SPAIN.PDF>.

Japan Makes Private Copying Illegal, Techdirt.com, 16 de junio de 2009, <http://www.techdirt.com/articles/20090616/1544325254.shtml>

LBK nr 202 af 27/02/2010 Gældende (Ophavsretsloven) Offentliggørelsesdato: 09-03-2010. Versión en inglés de la OMPI. La versión original de la Ley en Danés se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191419, y la versión en inglés de la OMPI en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191420.

Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Versión original en italiano que se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=236673.

Lei n° 16/2008 de 1 de Abril (Respeito dos direitos de propriedade intelectual). Versión original en portugués en inglés que se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181701.

Ley 404/1961 de Derecho de Autor de Finlandia, Traducción del finés al inglés realizada por el Ministerio de Cultura de Finlandia, que se encuentra disponible en <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1961/en19610404.pdf>.

Libro Verde de la Comisión Europea. Bruselas, 08.02.2007. COM (2006) 744 final. Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/green-paper_cons_acquis_es.pdf.

Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins (du 30 juin 1994, modifiée par la loi du 3 avril 1995). http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125254 (visitada por última vez el 7 de abril de 2012). Traducción del autor de la versión en inglés de la OMPI. Versión en inglés de la OMPI. La versión original de la Ley en francés se puede encontrar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125256

Manifiesto contra la “Ley Sinde”. Disponible en <http://www.publico.es/culturas/410205/nuevo-manifiesto-contra-la-ley-sinde>.

Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, IDC RESEARCH IBERIA, segundo semestre del 2010, Disponible en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201104/12/cultura/20110412elpepucul_1_Pes_PDF.pdf.

Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, IDC RESEARCH IBERIA, primer semestre del 2011, Disponible en <http://www.adese.es/pdf/Observatoriodepirateria.pdf>.

Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del 12 de diciembre de 2006 para la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual (COM(2006)0168 – C6-0233/2005 – 2005/0127(COD)). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0073+0+DOC+XML+V0//ES>.

Parlamento Europeo. *Proyecto de Recomendación para la Segunda lectura de 17 de enero de 2001*, (PE 298.368/AM 5-197). Disponible en https://www.google.com/webhp?source=search_app#sclient=psyab&q=Proyecto+de+Recomend

aci%C3%B3n+para+la+Segunda+lectura+de+17+de+enero+de+2001+PE+298.368%2FAM+5-197+&oq=Proyecto+de+Recomendaci%C3%B3n+para+la+Segunda+lectura+de+17+de+enero+de+2001+PE+298.368%2FAM+5197+&gs_l=serp.3...6286.6286.1.8184.1.1.0.0.0.93.93.1.1.0.cpsugrpqhmsignedin..0.0.0..1.1.17.psyab.3mneuOpNQqA&pbx=1&bav=on.2,or.r_cp.r_qf.&fp=4505e11217bf893d&biw=1366&bih=667.

Perfect 10, Inc. v. Megaupload, Ltd., No. 11-cv-0191 (S.D. Cal. July 26, 2011), 2011 U.S. Dist. LEXIS 81931.

Plan Integral para la Disminución y la Eliminación de las Actividades Vulneradoras de la Propiedad Intelectual. Ministerios de Presidencia, Economía y Hacienda, Trabajo y Asuntos Sociales, Justicia, Interior, Educación y Ciencia, Industria, Turismo y Comercio, Sanidad y Consumo, Asuntos Exteriores, Administraciones Públicas y Cultura. 2005.

Posición común (CE) n° 48/2000, de 28 de septiembre de 2000, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000AG0048:ES:NOT>.

Presentación del Observatorio de Piratería y Hábitos de consumo de contenidos digitales de 2013, 9 de abril de 2014. Disponible en <http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/Observatorio-pirater%C3%ADa-2013-Ejecutivo.9-abril-2014.pdf>.

PROMUSICAE contra TELEFÓNICA. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 29 de enero de 2008.

Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual COM(2006)0168 – C6-0233/2005 – 2005/0127(COD)). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0073+0+DOC+XML+V0//ES>.

Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc., 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999).

Sentencia nº 40/2008 de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1ª, 18 de Febrero de 2008.

Sentencia 89/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011. (Caso Padawan).

Sentencia 530/11 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 27 de septiembre de 2011. (Caso fenixp2p.com y mp3-es.com)

Sentencia 103/2014 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimoctava, 31 de marzo de 2014. (Sentencia PABLO SOTO).

Sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de Logroño, de 25 de noviembre de 2008 [Caso Infopsp.com).

Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010 (Caso elrincondejesus.com).

Sentencia del Tribunal Constitucional 25/81 de 14 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1983 de 24 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994, de 17 de marzo.

Sentencia Del Tribunal De Justicia (Gran Sala) de 29 de enero de 2008. Caso Promusicae.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010. Caso Padawan.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 27 de junio de 2013. Caso Verwertungsgesellschaft Wort (VG WORT) contra Kyocera et al.

Sentencia del Tribunal De Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 11 de julio de 2013. Caso Amazon.com International Sales Inc., (AMAZON) contra Austro-Mechana Gesellschaft zur

Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft M.B.H. (AUSTRO MECHANA).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1989, EDJ 1989/4257.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, EDJ 1993/10733.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1997, EDJ 1997/9938

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1998, EDJ 1998/643.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999, EDJ 1999/26209.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2001. Sala 2ª EDJ 876/2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2002. Sala 2ª EDJ 1578/2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2007. EDJ 4505/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012. Sala de lo Penal. EDJ 8316/2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 1984.

Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. *Harper & Row, Publishers, Inc., v. Nation Enterprise*, 471 U.S. 539 (1985).

Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 510 U.S. 569 (1994).

Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

Situación actual y perspectivas del libro digital en España, Documento de trabajo Observatorio de la Lectura y el Libro, Abril de 2011, Pág. 4. Disponible en

http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201104/15/cultura/20110415elpepucul_1_Pes_PDF.pdf.

Sony BMG Music Entm't v. Tenenbaum, 660 F.3d 487 (2011).

The Battle for the North American (US/Canada) Couch Potato: Online & Traditional TV and Movie Distribution, The Convergence Consulting Group Limited, estudio realizado en abril de 2012. Disponible en <http://www.convergenceonline.com/downloads/NewContent2012.pdf>

Twitter de Alex dela Iglesia. Disponible en <http://elteleoperador.blogspot.com/2010/12/twitteando-con-alex-de-la-iglesia.html>.

United States Constitution, 1789.

Urheberrecht an werken der literature un der kunst und uber verwandte schultzrechte. Versión en inglés. “Federal Law on Copyright in Works of Literature and Art and on Related Rights” (BGBl. No. 111/1936, enmendada por última vez por [BGBl. I No. 25/1998]). Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=124840.